Zivilprozeß und außergerichtliche Streitbeilegung

*Priv.-Doz. Dr. Christian Katzenmeier, Heidelberg**

I. Einleitung
II. Die hohe Belastung der Gerichte als Anlaß für die aktuelle Debatte
1. Lagebeschreibung
2. Entlastungsstrategien
a) Reformen der Zivilprozeßordnung
b) Stärkung außergerichtlicher Streitbeilegung
III. Ursprünge der modernen Alternativbewegung
1. Anstoß durch die Rechtssoziologie
2. Impulse durch Rechtsvergleichung
IV. Kritik am Zivilprozeß
1. Mangelnde Eignung zur Konfliktlösung
2. Konfliktverschärfender »Kampf ums Recht«
V. Alternativen zum staatlichen Gerichtsverfahren
1. Bestandsaufnahme
a) Schiedsgerichtsbarkeit
b) Schlichtungsstellen
c) Mediation
2. Evaluation
a) Vorzüge
b) Akzeptanz
VI. Charakteristika und Funktion des Zivilprozesses
1. Effizienz
2. »Legitimation durch Verfahren«
3. Sicherung subjektiver Rechte
4. Rechtsfortbildung
VII. Schluß
1. Pluralismus in der Konfliktbewältigung
2. Kritisches zur obligatorischen Streitschlichtung
3. Varianten institutionalisierter Streitschlichtung
4. Der Konflikt als Motor des sozialen Wandels

I. Einleitung

»Schlichten ist besser als Richten« – diese Parole verlautet zur Zeit hoch aktuell aus vieler Munde, obwohl die Frage nach Alternativen zum herkömmlichen Zivilprozeß und nach Möglichkeiten einer außergerichtlichen Streitbeilegung keineswegs neu, sondern längst ein Dauerthema der Rechtspolitik ist[1]. Seit mehr als zwei Jahrzehnten findet in der Bundesrepublik eine vertiefte Diskussion über die Vor- und Nachteile unterschiedlicher Konfliktbereinigungswege statt[2]. Dabei

---

* Erweiterte Fassung des am 23. 5. 2001 vor der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg gehaltenen Habilitationsvortrages. Meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. *Adolf Laufs*, zugeeignet.

1 Den Ausgangspunkt der Debatte markieren die Tagungsbände von *Blankenburg/Klausa/Rottleuthner* (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, Jb. f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 6, 1980; *Blankenburg/Gottwald/Strempel* (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982; *Gottwald/Hutmacher/Röhl/Strempel* (Hrsg.), Der Prozeßvergleich, 1983; sowie die Abhandlung von *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, 1981.

2 Aus jüngerer Zeit besonders zu nennen sind die Monographien von *Gottwald/Strempel* (Hrsg.), Streitschlichtung. Rechtsvergleichende Beiträge zur außergerichtlichen Streitbeilegung, 1995; *Breidenbach*, Mediation. Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung

verlagerte sich alsbald das Interesse von einer Betrachtung der wechselnden Tätigkeitsmerkmale des Richters[3] hin zu einer Suche nach Streitbeilegungsverfahren ohne die Inanspruchnahme staatlicher Gerichte. Begünstigt und fortwährend verstärkt durch einen ausgesprochen schlichtungsfreundlichen Zeitgeist formierte sich in Deutschland eine beachtliche Alternativbewegung. Nicht nur für den Bereich der Ziviljustiz, auch im Straf- und Verwaltungsrecht werden heute Formen der Konfliktbeendigung diskutiert und praktiziert, bei denen Rechtspositionen ausgehandelt und nicht mehr autoritativ entschieden werden[4]. Gütliche Streitbeilegung gilt vielfach als modernes soziales Management, Streitentscheidung durch Urteil hingegen als biederes juristisches Handwerk, das eine überholte oder überhaupt untaugliche Normativität zelebriert[5].

II. Die hohe Belastung der Gerichte als Anlaß für die aktuelle Debatte

1. Lagebeschreibung

Hintergrund der aktuellen Debatte über Alternativen zur staatlichen Gerichtsbarkeit ist deren starke Belastung. Erst ein Blick auf die große Zahl an Zivilprozessen macht den Umfang der derzeitigen Diskussion verständlich, erklärt die Publizität und die praktische Bedeutung des Themas[6]. Jahr für Jahr verzeichnet die Justiz einen steigenden Geschäftsanfall. Lagen die Neueingänge in Zivilsachen erster Instanz bei den Amts- und Landgerichten 1991 bei 1,63 Mio. Verfahren, so hatten die Zivilgerichte im Jahre 1995 etwa 2,15 Mio. Verfahren zu bewältigen und für das Jahr 2000 wurden 2,5 Mio. Neueingänge erwartet[7]. Die jährlichen Steigerungsraten betrugen in der Vergangenheit etwa 3–5 %. Verbreitet ist heute

im Konflikt, 1995; *Breidenbach/Henssler*, Mediation für Juristen, Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, 1997; *Duve*, Mediation und Vergleich im Prozeß, 1999; *Haft*, Verhandeln und Mediation. Die Alternative zum Rechtsstreit, ²2000; *Hager*, Konflikt und Konsens. Überlegungen zu Sinn, Erscheinung und Ordnung der alternativen Streitschlichtung, 2001; *Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf* (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, 2001. Aus der kaum mehr überschaubaren Aufsatzliteratur seien hervorgehoben: *Prütting*, JZ 1985, 261; *Böckstiegel*, DRiZ 1996, 267; *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190; *Greger*, ZRP 1998, 183; *Strempel*, ZRP 1998, 319; *Wagner*, JZ 1998, 836; *Hager*, JZ 1998, 1158; *Schütze*, ZVglRWiss 97 (1998), 117; *Gottwald*, WM 1998, 1257; *Stadler*, NJW 1998, 2479; *Prütting*, in: Verh. 62. DJT 1998, Bd. II/1, O 11; *ders.*, BB 1999, 7; *Risse*, NJW 2000, 1614.

3 Dazu *Wolf*, ZZP 89 (1976), 260; *Stürner*, DRiZ 1976, 202; *ders.*, JR 1979, 133; *P. Gottwald*, ZZP 95 (1982), 245.

4 Vgl. die Nachweise in den Fn. 120 und 121.

5 So bereits die Feststellung von *Stürner*, JR 1979, 133.

6 Vgl. schon *Prütting*, JZ 1985, 261.

7 Vgl. die Zahlenangaben bei *Rehbinder*, Rechtssoziologie, ⁴2000, Rdnr. 159; aktuelle Angaben auf der Homepage des Bundesjustizministeriums unter http://www.bmj.bund.de/zahl/gesamt.pdf.

von einer »Prozeßflut« die Rede, in welcher die Gerichte zu ertrinken drohen[8]. Die aktuellen Zahlen werden indes durch eine Langzeitbetrachtung relativiert. Bei einer Analyse der Entwicklung der Prozeßhäufigkeit im deutschen Rechtsraum seit Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze stellt sich heraus, daß die Gerichte zwischen 1879 und 1933 wesentlich häufiger angerufen wurden als in der Bundesrepublik seit 1950. Die Prozeßrate lag 1931 bei etwa gleicher Einwohnerzahl mehr als viermal so hoch wie heute[9]. Es besteht also kein Anlaß, die gegenwärtige Lage zu dramatisieren[10]. Unübersehbar aber können weiter steigende Eingangszahlen der Justiz in Zeiten knapper Kassen Probleme bereiten und schließlich eine durchgängig ordnungsgemäße Bearbeitung gefährden[11].

Die Gründe für die wachsende Zahl an Prozessen sind vielfältig[12]. Eine Ursache liegt in der zunehmenden Verrechtlichung der Gesellschaft. Jenes viel beredete Phänomen[13] bezeichnet einen Vorgang, durch den Sozialbereiche und Sozialkontakte, insbesondere soziale Konfliktlagen, für die gerichtsförmig durchsetzbare Regeln bislang nicht vorhanden waren, juristischer Normung unterworfen und damit in staatlich kontrollier- und steuerbare Bahnen gelenkt werden. Verrechtlichung hängt zusammen mit der Entwicklung zum sozialen Rechtsstaat. Der Staat beschränkt sich nicht mehr darauf, lediglich einen Rahmen für die gesellschaftliche (z. B. marktorientierte, private) Konfliktbewältigung bereitzustellen, sondern er übernimmt selbst die Verantwortung für die Erzielung bestimmter Ergebnisse. Recht wird immer mehr zur gestaltenden gesellschaftlichen Steuerung

8 So etwa *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190; *Wassermann*, NJW 1998, 1943; *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 17. Ein differenziertes Bild ergibt sich aus den Beiträgen in *Blankenburg* (Hrsg.), Prozeßflut? Indikatorenvergleich von Rechtskulturen auf dem europäischen Rechtskontinent, 1989.

9 Siehe bei *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, § 60, 5.e. (S. 555 f.), dort auch die Entwicklung der Eingangszahlen, Zivilsachen 1. Instanz von 1881 bis 1985.

10 So auch *Rehbinder*, Rechtssoziologie, ⁴2000, Rdnr. 159; *Busse*, NJW 2000, 785; *Freuding*, NJW 2000, 792, 793.

11 MünchKomm-ZPO/*Lüke*, Bd. 1, ²2000, Einl., Rdnr. 94; *Strempel*, in: Gottwald/Strempel, Streitschlichtung, 1995, S. 187, 194 f.; abw. *Busse*, NJW 2000, 785: »Die Eingänge gehen seit 1994 überall zurück, sie liegen in aller Regel unter denen von 1987 (...). Eine Überlastung der Richter wird selbst in Richterkreisen immer häufiger bestritten«; *Freuding*, NJW 2000, 792, 793.

12 Vgl. dazu *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, § 60, 5. (S. 550 ff.); *Rehbinder*, Rechtssoziologie, ⁴2000, Rdnrn. 144 ff.

13 Vgl. etwa *Voigt* (Hrsg.), Verrechtlichung, 1980; *ders.* (Hrsg.), Recht als Instrument der Politik, 1986; *Kübler/Zacher* (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1984; *Bock*, Recht ohne Maß. Die Bedeutung der Verrechtlichung für Person und Gemeinschaft, 1988; *Müller-Graff*, Verrechtlichung und Deregulierung, in: Vollkommer (Hrsg.), 1945–1995. Zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft in den letzten fünfzig Jahren, 1995, S. 7–46; *Röhl/Magen*, Die Rolle des Rechts im Prozeß der Globalisierung, ZfRSoz. 1999, 1–57.

eingesetzt[14]. Dabei ist die viel beklagte Normenhypertrophie weitgehend eine notwendige Begleiterscheinung des beschleunigten sozialen Wandels, der Industrialisierung und Technisierung, der fortschreitenden Differenzierung und der erforderlichen Koordination aller spezialisierten Funktionen und Interessen[15].

Hinzu tritt der Abbau nichtrechtlicher Arten und Mittel sozialer Kontrolle sowie der Verlust an Selbstregulationsvermögen. Sozialbeziehungen, die früher weitgehend in der Gesellschaft ohne staatliche Hilfe Konflikte bewältigten, wie etwa die Familie oder kleinere gemeindliche Einheiten, erodieren[16]. Mit der Individualisierung der Gesellschaft wächst die Unpersönlichkeit und Anonymität sozialer Beziehungen und damit die Bereitschaft, Konflikte vor Gericht zu bringen. Je geringer das personale Element, desto prozeßanfälliger sind Beziehungen[17].

Weiter spielt eine Rolle, daß dem Bürger im Laufe des Ausbaus des sozialen Rechtsstaates eine steigende Zahl positiv formulierter Rechte zuerkannt und er zu deren selbstbewußter Wahrnehmung und Geltendmachung nachdrücklich aufgerufen wurde. Das nicht zuletzt dadurch geförderte Anspruchsdenken erfuhr begleitende Unterstützung durch ein Bündel von Maßnahmen, welche den Zugang zum Recht erleichterten. Neben den umfangreichen Aufklärungskampagnen verdienen besondere Erwähnung die Rechtsberatungs- und die Prozeßkostenhilfe[18]. Schließlich leistet auch die Expansion der gerichtsannexen Infastruktur, hier insbesondere die weiter wachsende Zahl zugelassener Rechtsanwälte[19] und die Ausbreitung von Rechtsschutzversicherungen[20], einen selbständigen Beitrag zur Anrufung der Gerichte[21]. Das Zusammenwirken hoher Prozeßzahlen mit der immer

14 *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 421; *ders.*, ZRP 1997, 190, 191; *Grimm* (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 291, 296 ff.

15 *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, § 60, 5.b (S. 552).

16 Dazu *Heitmeyer* (Hrsg.), Bundesrepublik Deutschland. Auf dem Weg von der Konsens- zur Konfliktgesellschaft? Was treibt die Gesellschaft auseinander? Was hält die Gesellschaft zusammen?, 1997.

17 *Raiser*, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, ³1999, 22. IV.4. (S. 406 f.).

18 *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190, 191.

19 Deren Zahl hat sich im Zeitraum von 1950 bis 1986 vervierfacht, betrug 1998 gegen 91 500, im Jahr 1999 über 104 000 und stieg zum 1. 1. 2001 auf 110 367, vgl. BRAK-Mitt. 2001, 121.

20 In Deutschland macht inzwischen fast die Hälfte aller Haushalte von der Möglichkeit des Abschlusses einer privaten Rechtsschutzversicherung Gebrauch. Deren Prämieneinnahmen sind ständig gestiegen und lagen 1999 bei mehr als 5,1 Mrd. DM, vgl. *Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft e.V.* (Hrsg.), Jahrbuch 2000, S. 91.

21 Neuere Untersuchungen lassen indes Zweifel an der prozeßtreibenden Wirkung von Rechtsschutzversicherungen aufkommen. Sie gelangen zu dem Ergebnis, daß jene nur im Bereich anonymer Sozialbeziehungen die Wahrscheinlichkeit der Mobilisierung von Recht erhöhen, vgl. *Dagozinski/Raiser/Riehl*, Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung, 1994; s. auch schon *Blankenburg/Fiedler*, Die Rechtsschutzversicherung und der steigende Geschäftsanfall der Gerichte, 1981.

wieder betonten Finanzkrise von Bund und Ländern, welche eine Aufstockung von Richterstellen ausschließe, vielmehr weitere Einsparungen und Stellenstreichungen unumgänglich mache[22], führte zu der Erkenntnis von der Rechtsgewährung als »knappem Gut«[23] und seither zu verstärkten Entlastungsbemühungen, um die Funktionsfähigkeit der Justiz aufrecht zu erhalten.

2. *Entlastungsstrategien*

a) *Reformen der Zivilprozeßordnung*

Die in der Vergangenheit bevorzugt gewählte Strategie zur Entlastung der Justiz bestand in der fortwährenden Novellierung der Zivilprozeßordnung. Am 30. 1. 2002 feierte die ZPO ihren 125. Geburtstag, und es läßt sich feststellen, daß die Geschichte ihrer Änderungen eine Geschichte von Bemühungen um einen einfacheren, reibungsloseren, damit auch kosten- und personalschonenderen Prozeßablauf ist[24]. Von den zahlreichen Entlastungs- und Beschleunigungsnovellen seien nur aus neuerer Zeit genannt: die beiden großen Anläufe aus den siebziger Jahren, das »Gesetz zur Entlastung der Landgerichte und zur Vereinfachung des gerichtlichen Protokolls« von 1974 und das »Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren« von 1976, sowie die Rechtspflegevereinfachungsgesetze aus den Jahren 1990 und 1993. Sämtliche Novellierungen hinterließen sowohl bei den Eingangs- als auch bei den Erledigungszahlen deutliche Spuren, allerdings jeweils nur für kurze Zeit[25].

Nachhaltige Entlastung soll nunmehr das Zivilprozeßreformgesetz bewirken[26]. Dessen erklärtes Ziel ist es, den Zivilprozeß »bürgernäher, effizienter und transparenter« und das heißt auch schneller zu gestalten. Von den ursprünglichen Plänen des Bundesjustizministeriums einer »Stärkung der ersten Instanz« infolge einer prinzipiellen Bindung des Berufungsgerichts an die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen (d. h. Abschaffung der zweiten Tatsacheninstanz), Freisetzung von Personalreserven durch den Einzelrichter beim Landgericht als Regelbesetzung der Zivilkammer, partielle Umgestaltung des Rechtsmittelzuges (Amts-

22 *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190; *Leeb*, BB 1998, Beilage 10, 3.

23 Dieses Wort des damaligen Präsidenten des BVerfG *Benda* auf dem Deutschen Richtertag 1979 in Essen – vgl. in: Deutscher Richterbund, Kurskorrekturen im Recht, 1980, S. 235 ff., 256 ff.; s. auch *ders.*, DRiZ 1979, 357 ff. – wirkte wie eine Initialzündung und verhalf der Alternativendiskussion zum Durchbruch. Vorher schon gab *Hendel* das Stichwort von der »Ressourcenknappkeit« aus, vgl. in RuP 1977, 155 ff; *ders.*, DRiZ 1980, 376 ff.

24 *Leeb*, BB 1998, Beilage 10, 3.

25 Vgl. den Kurzüberblick von *Rehbinder*, Rechtssoziologie, ⁴2000, Rdnrn. 137 ff.

26 Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozeßreformgesetz-ZPO-RG) vom 27. 7. 2001, BGBl. I S. 1887, in Kraft getreten zum 1. 1. 2002, Begr. in BT-Drucks. 14/3750.

und Landgericht als erste, Oberlandesgericht als gemeinsame zweite, Bundesgerichtshof als gemeinsame dritte Instanz) und völlige Umgestaltung des Rechtsmittelsystems (Einführung einer Zulassungsberufung und der Zulassungsrevision, letztere verbunden mit der Nichtzulassungsbeschwerde; Annahmeverfahren zur Aussonderung von aussichtslosen Berufungen oder von solchen ohne grundsätzliche Bedeutung)[27], ist nach zum Teil heftiger Kritik der Fachöffentlichkeit und Verbände[28] nicht viel übriggeblieben. Doch verspricht man sich auch von dem »zurechtgestutzten« Reformgesetz, daß zumindest aussichtslose Fälle nicht mehr durch alle Instanzen geschleppt werden[29].

b) Stärkung außergerichtlicher Streitbeilegung

Während das Zivilprozeßreformgesetz in Kraft getreten ist, gewinnt auf höchster politischer Ebene die Einsicht Raum, daß allein durch Rationalisierung und durch organisatorische Reformen eine dauerhafte Entlastung der Gerichte nicht gewährleistet wird. Die Ergebnisse der Strukturanalyse der Rechtspflege (SAR) – eines von dem Bundesjustizministerium in Auftrag gegebenen langjährigen Forschungsprogramms – zeigen, daß künftig einer verstärkten Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung zentrale Bedeutung bei der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Justiz zukommt[30]. Legislative Maßnahmen wurden für notwendig erachtet. Einige wichtige gesetzliche Regelungen sind inzwischen verabschiedet: So wurde das Schiedsverfahrensrecht zum 1. 1. 1998 umfassend reformiert und auf eine den modernen Entwicklungen angepaßte Grundlage gestellt[31].

27 Ziele und wesentlicher Inhalt des Referentenentwurfs zur Reform des Zivilprozesses (ZPO-RG) vom 23. 12. 1999 dargestellt von *Däubler-Gmelin*, ZRP 2000, 33.

28 Vgl. den Bericht über das DAV-Forum »Justizreform-Zivilprozess« von *Freuding*, NJW 2000, 792; die Entschließung des Bundesvorstandes des DRB, DRiZ 2000, 88; aus der Lit. etwa *Musielak*, NJW 2000, 2769; *Hansens*, ZRP 2000, 226; *Dauster*, ZRP 2000, 338. Kritisch auch ggü. dem am 6. 9. 2000 vom Bundeskabinett beschlossenen modifizierten Entwurf – wesentlicher Inhalt bei *Däubler-Gmelin*, ZRP 2000, 475 – *Greger*, JZ 2000, 842; *Scheuch*, ZRP 2001, 220.

29 Vgl. *R. Müller*, FAZ vom 18. 5. 2001, S. 12.

30 Erkenntnisse der SAR in den Jahren 1988 bis Ende 1994 mitgeteilt von *Leutheusser-Schnarrenberger*, NJW 1995, 2441, zur außergerichtlichen Streitbeilegung vgl. 2444 ff.; spez. dazu ausführlich *Stock*, in: Gottwald/Strempel (Hrsg.), Streitschlichtung, 1995, S. 113–137.

31 Durch Gesetz vom 22. 12. 1997 (BGBl. I S. 3224). Es wurde das UNCITRAL-Modellgesetz als weltweit bewährtes und vertrautes Normengefüge in das 10. Buch der ZPO weitgehend wortgleich übernommen. Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts in BT-Drucks. 13/5274. Eine Analyse der Auswirkungen der Reform drei Jahre nach ihrem Inkrafttreten bietet *Berger*, RIW 2001, 7.

Die am 1. 1. 1999 in Kraft getretene Insolvenzordnung verlangt in § 305 I Nr. 1 für Verbraucherinsolvenzen, daß zuvor eine außergerichtliche Schuldenbereinigung versucht wurde[32]. Für Klagen betreffend den Konflikt zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Inhaber eines Nutzungsrechts nach früherem DDR-Recht schreibt § 104 Sachenrechtsbereinigungsgesetz ein notarielles Vermittlungsverfahren als Zulässigkeitsvoraussetzung vor[33]. Schließlich und vor allem soll das am 1. 1. 2000 in Kraft getretene »Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitschlichtung«[34] der Justizentlastung dienen. Die in dem neuen § 15 a EGZPO geschaffene Öffnungsklausel ermöglicht den Landesgesetzgebern die Einführung eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens in vermögensrechtlichen Streitigkeiten vor dem Amtsgericht mit einem Streitwert bis zu 1500,– DM, in bestimmten nachbarrechtlichen Streitigkeiten und solchen wegen Ehrverletzungen. Als erstes Bundesland hat Bayern davon Gebrauch gemacht[35], es folgten Nordrhein-Westfalen[36] und Baden-Württemberg[37], Brandenburg, Hessen, das Saarland und Sachsen-Anhalt[38]; die anderen Länder arbeiten derzeit noch an eigenen Schlichtungsgesetzen. § 15 a EGZPO wird von verantwortlicher Seite als Einstieg in die obligatorische außergerichtliche Streitbeilegung in Deutschland aufgefaßt. Sollte sich die noch auf Bagatellsachen beschränkte Öffnungsklausel bewähren, ist daran gedacht, weitere bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten in deren Anwendungsbereich einzubeziehen[39]. Die Vorschrift soll Ausgangspunkt für den

32 Dazu *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, ²1998, Rdnrn. 29.19 f.; *Smid*, Grundzüge des neuen Insolvenzrechts, ³1999, § 26 Rdnrn. 9 ff.

33 Positiver Erfahrungsbericht von *Campe*, NotBZ 5/1997, S. 159.

34 Gesetz vom 15. 12. 1999 (BGBl. I S. 2400).

35 Bayerisches Schlichtungsgesetz (BaySchlG) vom 25. 4. 2000 (GVBl. S. 268). Dazu *Ponschab/Brinkmann*, in: Mitt. d. Bay. Notarvereins, H. 4, Sonderheft, 29 ff.

36 Gütestellen- und Schlichtungsgesetz (GüSchlG NRW) vom 9. 5. 2000 (GVBl. S. 476). Dazu *Dieckmann*, NJW 2000, 2802 f.

37 Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung und zur Änderung anderer Gesetze vom 28. 6. 2000 (GBl. S. 470). Dazu *Heck*, AnwBl. 2000, 596 ff.; eingehend *Wolfram-Korn/Schmarsli*, Außergerichtliche Streitschlichtung in Deutschland, dargestellt anhand des Schlichtungsgesetzes Baden-Württemberg, 2001.

38 Brandenburgisches Schlichtungsgesetz (BbgSchlG) vom 5. 10. 2000 (GVBl. I S. 134); Hessisches Gesetz zur Regelung der außergerichtlichen Streitschlichtung vom 6. 2. 2001 (GVBl. I S. 98); Saarländisches Schlichtungsgesetz vom 21. 2. 2001 (ABl. 532); Schiedsstellengesetz Sachsen-Anhalt vom 22. 6. 2001 (GVBl. S. 214).

39 BT-Drucks. 13/6398, S. 19; s. auch für die Sachverständigen-Kommission »Schlanker Staat« *Meyer-Teschendorf/Hofmann*, ZRP 1998, 132, 135; für das Land Nordrhein-Westfalen der ehemalige Justizminister und jetzige Minister für Inneres und Justiz *Behrens*, RuP 1997, 73 f.; *ders.*, DRiZ 1997, 236, 237 f.

notwendigen Umdenkungsprozeß in der Gesellschaft sein und damit den Weg zu einer »neuen Streitkultur« bereiten[40].

III. Ursprünge der modernen Alternativbewegung

1. Anstoß durch die Rechtssoziologie

Die Grundlagen für die aktuelle Diskussion über Alternativen zum Zivilprozeß bereiteten Soziologie und Anthropologie mit anschaulichen Berichten über nichtrechtliche Formen der Konfliktbewältigung in primitiven Stammesgesellschaften einerseits, im modernen Japan andererseits[41]. Mitte der siebziger Jahre begannen sich Rechtssoziologen ganz allgemein mit dem Thema Recht und Konflikt zu befassen[42]. Sie gelangten zu dem Ergebnis, daß nicht für jeden Streit die gerichtliche Entscheidung angemessen ist, daß es vielmehr darauf ankomme, die für den jeweiligen Konflikt adäquate, d. h. konfliktnahe Regelungsform zur Verfügung zu stellen. Dies könnten die Gerichte und hier die richterliche Streitentscheidung durch Urteil sein, aber auch je nachdem der richterliche Vergleich, oder Formen der Beratung, Vermittlung und Schlichtung in außergerichtlichen Einrichtungen. Aufgabe sei es, sachlich besonders geeignete Streitregelungsformen und -foren für bestimmte Konfliktypen zu finden[43]. Die traditionelle Prozeßrechtswissenschaft zeigte sich in dieser Diskussion bis vor kurzem zurückhaltend, erst jüngst bahnt sich eine Wende an[44].

40 *Strempel*, ZRP 1998, 319, 320; *Leeb*, BB 1998, Beilage 10, 3,5; *Weiß*, in: Verh. 62. DJT 1998, Bd. II/1, O 40 f.; s. auch MünchKomm-ZPO/*Prütting*, Bd. 1, [2]2000, § 279 Rdnr. 28 (i. ü. krit.); *Haft*, in: Festschr. f. Schütze, 1999, S. 255.

41 *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, § 56. 2. (S. 509) m. N.: Zu primitiven Stammesgesellschaften vgl. *Gibbs*, The Kbelle Moot. A Therapeutic Model for the Informal Settlement of Disputes, Africa 33, 1963, 1–11; zum modernen Japan vgl. *Henderson*, Conciliation in Japanese Law, 1965; weitere Nachweise bei *Stein/Jonas-Leipold*, ZPO, [21]1996, § 279 Fn. 4.

42 Vgl. insbes. *Galanter*, Why the »Haves« Come out Ahead, Law and Society Review 9 (1974), 95–160; *Milner*, Settling Disputes, McGill Law Journal 20 (1974), 521–553; *Sander*, Varieties of Dispute Processing, Federal Rules Decision 70 (1976), 111–134; *Gessner*, Recht und Konflikt, 1976; *Koch*, Konfliktmanagement und Rechtsanthropologie, in: Bierbrauer/Falke/Giese/Koch/Rodingen (Hrsg.), Zugang zum Recht, 1978, 85–115; s. auch bereits *Galtung*, Institutionalized Conflict Resolution. A Theoretical Paradigm, Journal of Peace Research 2 (1965), 348–397.

43 *Falke/Gessner*, Konfliktnähe als Maßstab für gerichtliche und außergerichtliche Streitbehandlung, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz 1982, S. 289–315.

44 *Blankenburg/Gottwald/Strempel*, Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, Vorwort, S. 9, meinten, diese Wende bereits vor zwei Jahrzehnten feststellen zu können. Ihre Einschätzung erwies sich als zu optimistisch, vgl. nur etwa *Weigand*, BB 1996, 2104: »in Deutschland findet eine solche wissenschaftliche oder auch nur praxisorientierte Diskussion bisher nicht statt, geschweige denn, daß man bereits auf bekanntgewordene Anwendungsbeispiele verweisen könnte«.

2. Impulse durch Rechtsvergleichung

Wesentliche Impulse erhält die Alternativbewegung seit jeher von rechtsvergleichenden Hinweisen und Betrachtungen. Insbesondere in den Vereinigten Staaten von Amerika haben Mechanismen der außergerichtlichen Streitbeilegung schon länger Konjunktur[45]. Unter dem Einfluß der Bürgerrechtsbewegung wuchs in der amerikanischen Gesellschaft im Laufe der sechziger Jahre das Interesse an Möglichkeiten und Wegen der Konfliktbewältigung außerhalb des staatlichen Autoritätensystems[46]. Dies führte 1975 in einem Modellversuch zur Einrichtung von drei sog. Neighbourhood Justice Centers auf kommunaler Ebene[47], in der Folgezeit zur Gründung einer inzwischen nicht mehr überschaubaren Zahl von Schieds- und Schlichtungsstellen[48]. Deren Verfahrensweisen sind ganz unterschiedlich und ausgesprochen flexibel ausgestaltet. Zu den bekanntesten der unter dem Sammelbegriff »Alternative Dispute Resolution« zusammengefaßten Verfahrensarten gehören Arbitration (Schiedsverfahren), Conciliation (Versöhnung), Mediation (Vermittlung) und das Mini-trial (strukturierte Vergleichsverhandlungen), es gibt eine Menge weiterer Verfahren sowie Abwandlungen der genannten

45 Grundlegende Werke der reichen sozialwissenschaftlichen Begleitforschung zu den verschiedenen Formen außergerichtlicher Streitbeilegung sind die Schriften der beiden Harvard Professoren *Frank Sander* und *Roger Fisher: Sander*, Varieties of Dispute Processing, 1977 (im Gefolge eines Vortrages anläßlich der Pound Conference der American Bar Association im Jahre 1976); *ders./Snyder*, Alternative Methodes of Dispute Settlement, 1979; *Fisher/Ury*, Getting to yes. Negotiating Agreement without giving in, 1981 (repr. [2]1999); in dt. Sprache: *Fisher/Ury/Patton*, Das Harvard-Konzept. Sachgerecht verhandeln – erfolgreich verhandeln, [19]2000. Zur Entwicklung vgl. *Murray/Rau/Shermann*, Processes of Dispute Resolution, [2]1996. Gesamtüberblick über das Feld der Alternativen Streitbeilegung bei *Goldberg/Sander/Rogers*, Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and other Processes, [3]1999; s. auch *Ware*, Alternative Dispute Resolution, 2001. Aus der dt. Lit. vgl. dazu insbes. *Breidenbach*, Mediation. Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, 1995, S. 11 ff., 35 f., 114 ff.; *Duve*, Mediation und Vergleich im Prozeß. Eine Darstellung am Beispiel des Special Master in den USA, 1999; Kurzübersichten u. a. bei *Krapp*, ZRP 1994, 115; *Weigand*, BB 1996, 2106; *Labes*, DZWir 1998, 353; *Duve*, BB 1998, Beilage 10, 9; *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 96 ff.; *Hay*, in: Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, 2001, S. 101, 104 ff.

46 Zu weiteren Einflußfaktoren und Wegbereitern der außergerichtlichen Streitbeilegung in den USA vgl. *Strempel*, ZRP 1998, 319, 321; *Duve*, BB 1998, Beilage 10, 9 f.

47 Experimentelle Neighborhood Justice Centers, in Zusammenarbeit mit dem U.S. Department of Justice eingerichtet in Atlanta, Los Angeles und Kansas City.

48 Eine Aufzählung der American Bar Association vom Frühjahr 1979 nannte bereits 187 Alternativprojekte. Die Entwicklung ist seither ungebrochen, inzwischen hat sich eine ganze »dispute settlement industry« gebildet, vgl. *Röhl*, in: ders. (Hrsg.), Lexikon des Rechts, Rechtssoziologie, 1996, Kza. 3/20, S. 1; *Gottwald*, BRAK-Mitt. 1998, 60, 62 f.

und Mischformen[49]. Erfindungsreichtum und Experimentierfähigkeit scheinen in der pragmatischen amerikanischen Rechtskultur keine Grenzen gesetzt. »Alternative Dispute Resolution« ist heute weit verbreitet und erfährt großen Zulauf aus der Bevölkerung. Konfliktparteien können aus dem breiten Spektrum von Optionen dasjenige Verfahren auswählen, das ihnen zur Beilegung ihres Rechtsstreits am besten geeignet erscheint. Zusätzlichen Antrieb erfährt die ADR-Bewegung durch den »Alternative Dispute Resolution Act of 1998«[50]. Nach diesem Gesetz sind nunmehr alle District Courts verpflichtet, ADR-Verfahren und entsprechende Programme zu etablieren.

Der Grund für die starke Inanspruchnahme des Alternativangebots liegt indes weniger in den Vorzügen konfliktnaher Regelungsformen als vielmehr in den Unzulänglichkeiten des amerikanischen Zivilprozeßwesens[51]. Gerichtsverfahren in den USA dauern lange – bereits auf die Terminierung eines trial muß man nicht selten jahrelang warten – und sind sehr kostspielig. Dazu tragen vor allem die »pre-trial-discovery«, in der Praxis aufwendige, oftmals ausufernde vorgerichtliche Beweisermittlungsverfahren[52], sowie die als Stundensatz abgerechneten oder als Erfolgshonorar vereinbarten Anwaltskosten[53] bei. Da nach der american rule of costs keine Erstattungspflicht des Unterlegenen besteht, sondern die obsiegende Partei ihre Kosten selbst zu tragen hat[54], kann sich ein Prozeßgewinn leicht als Pyrrhussieg erweisen. Hinzu kommt, daß die aus Laienrichtern bestehenden juries[55] zu emotionalen Entscheidungen neigen, die viel schwerer vorhersehbar sind als solche von kontinental-europäischen Berufsrichtern. Diese Umstände bedin-

49 Darstellung und inhaltliche Beschreibung bei *Goldberg/Sander/Rogers*, Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and Other Processes, ³1999; Kurzüberblick bei *Labes*, DZWir 1998, 353, 359 ff.; *Duve*, BB 1999, Beilage 10, 9, 11 ff.; zu neuen Entwicklungen *Risse*, BB 2001, Beilage 2, 16 ff.

50 105th Congress, H.R. 3528; dazu und zur Vorgeschichte kurz *Gottwald*, in: Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, § 6 Rdnrn. 9 f.

51 Allg. Ansicht, vgl. etwa *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozeßrecht, ²1995, I. (S. 1), II. 5. (S. 7 ff.), X. (S. 82 ff.); XI. (S. 85 ff.); *Nicklisch*, in: Festschr. f. Schwab, 1990, S. 381 ff.; *Böckstiegel*, DRiZ 1996, 267, 272; *Weigand*, BB 1996, 2106 f.; *Schütze*, ZVglRWiss 97 (1998), 117, 118; *Wagner*, JZ 1998, 836, 838 f.; *Stadler*, NJW 1998, 2479, 2482; *Prütting*, Verh. 62. DJT 1998, II/1, O 21; *Schöpflin*, JA 2000, 157, 163; *Schöbel*, JuS 2000, 372, 374; *Elsing*, in: Festschr. f. Sandrock, 2000, S. 267, 270.

52 Dazu *Haydock/Herr*, Discovery. Theory, Practice and Problems, ³1996; aus der dt. Lit. umfassend *Junker*, Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, 1987; weitere Nachweise bei *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozeßrecht, ²1995, V. 4. (S. 44 ff.).

53 Vgl. dazu *Mc Kinnon*, Contingent Fees for Legal Services, 1964; *Birnholz*, UCLA L. Rev. 37 (1990), 949–984; aus der dt. Lit. *Weinschenk*, RIW 1990, 435.

54 Vgl. *Hommelsheim*, Kostentragung und -ausgleichung im amerikanischen Zivilprozeß, 1990.

55 Dazu *Fleming*, The American Tort Process, 1988, S. 101–139.

gen, daß außergerichtliche Streitbeilegung in den USA prosperiert. Dem von der staatlichen Gerichtsbarkeit im Stich gelassenen Bürger bleibt gar keine andere Wahl, wenn er eine zügige und kostengünstige Regelung seines Streitfalls sucht[56]. »Alternative Dispute Resolution« versteht sich daher nicht als Mittel zur Entlastung der Justiz, sondern als Chance der Streitbeilegung für Rechtsuchende, die ansonsten vor dem US-amerikanischen Gerichtssystem kapitulierten[57].

Weil die angesprochenen besonderen Ausgestaltungen den Zivilprozeß angelsächsischer Provenienz vom deutschen Gerichtsverfahren deutlich unterscheiden[58], vertreten namhafte Rechtswissenschaftler den Standpunkt, die amerikanischen Erfahrungen seien insgesamt wenig hilfreich, außergerichtliche Streitbeilegung werde in der Bundesrepublik kaum jemals eine Rolle spielen, jedenfalls sei eine Institutionalisierung unter Rezeption ausländischer Streitschlichtungsmechanismen nicht angezeigt[59].

IV. Kritik am Zivilprozeß

Währenddessen artikuliert sich auch hierzulande Unzufriedenheit mit der justizförmigen Behandlung privater Konflikte[60]. Aus Sicht der Betroffenen erscheinen Gerichtsverfahren stets langwierig, aufwendig und teuer, nicht selten unpersönlich, unverständlich und unberechenbar. *Georg Büchners* Anklage gegen den hessischen Polizeistaat aus dem Jahre 1834, die Justiz spreche »nach Gesetzen, die ihr nicht versteht, nach Grundsätzen, von denen ihr nichts wißt, Urteile, von denen ihr nichts begreift«[61], ist noch heute im Unterbewußtsein vieler Bürger tief verwurzelt[62]. Ihrem Wunsch nach menschenfreundlicheren, weniger bürokratischen

56 *Schütze*, ZfVglRWiss 97 (1998), 117, 118; auch *Gottwald*, BRAK-Mitt. 1998, 60, 62.

57 *Stadler*, NJW 1998, 2479, 2482.

58 Zur Entscheidung berufen sind hierzulande professionelle Richter, §§ 1, 5 DRiG. Erfolgshonorare sind unzulässig, § 49 b II BRAO. Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbes. die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, § 91 ZPO. Vorgerichtliche Beweisermittlungsverfahren gibt es nicht (vgl. aber aus der einsetzenden Diskussion *Junker*, Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, 1987; *Schlosser*, JZ 1991, 599; *Paulus*, ZZP 104 (1991), 396; *St. Lorenz*, ZZP 111 (1998), 35; *Wagner*, ZEuP 2001, 441, 463 ff.).

59 Nachdrücklich *Schütze*, ZVglRWiss 97 (1998), 117, 121 ff.; *Nicklisch*, in: Festschr. f. Schwab, 1990, S. 381, 389 ff.; *Böckstiegel*, DRiZ 1996, 267, 273; Hinweise auf die strukturellen Unterschiede auch bei *Prütting*,Verh. 62. DJT 1998, II/1, O 21; *Wagner*, JZ 1998, 836, 838 f.; *Stadler*, NJW 1998, 2479, 2482.

60 Vgl. aus jüngerer Zeit nur etwa die scharfe Kritik von *Haft*, Verhandeln und Mediation. Die Alternative zum Rechtsstreit, ²2000, S. 1 ff; *ders.*, BB 1998, Beilage 10, 15; *Risse*, NJW 2000, 1614.

61 *Büchner*, Der hessische Landbote, 1834.

62 Diese Feststellung von *P. Gottwald*, ZZP 95 (1982), 245, 252, sieht sich bestätigt etwa durch *Gängel*, in: Festschr. f. Blankenburg, 1998, S. 626, 631, der Autor spricht von ei-

Formen der Streitbeilegung stehen die intellektuellen Architekten und Protagonisten der Alternativbewegung zur Seite, indem sie gerichtliche Verfahren generell als zur Konfliktlösung untauglich betrachten[63].

1. *Mangelnde Eignung zur Konfliktlösung*

Die Kritiker des Zivilprozesses machen geltend, die Transformation des Konfliktstoffs und Reduktion auf die rechtlich relevanten Punkte führten zu einer selektiven Realitätsverarbeitung, bei der die individuellen Verhältnisse der Beteiligten und die dem Konflikt zugrundeliegenden eigentlichen Ursachen weitgehend ausgeblendet werden[64]. Durch Einbindung in die vorgeprägten Rollen von Kläger und Beklagtem würden die wichtigen emotionalen Aspekte eines Streits herausgefiltert und unterdrückt. Die Parteien seien im hochformalisierten Zivilprozeß in eine marginale Position gedrängt, häufig zu rein passiven Informationslieferanten degradiert, die sich nur in dem Maße äußern, in dem es die professionellen Verfahrensbeteiligten (Rechtsanwälte, Richter) zulassen[65]. Einzelne Autoren haben das Gerichtsverfahren daher als »Schauplatz verzerrter Kommunikation« bezeichnet[66] oder eine »Organisation der Sprachlosigkeit« beklagt[67].

ner »krisenhaften Verrechtlichung unserer Gesellschaft mit einem zunehmend bürgerunfreundlichen Rechts- und Justizsystem, in dem der einzelne zum Objekt, zum zahlenden Rechtskonsumenten verkommt«, s. auch auf S. 632: »Viele Bürger erleben ihr Gerichtsverfahren als eine Nummer in einem Prozeß, in dem sie nichts verstehen und sich nicht verstanden fühlen.«

63 Insbes. Rechtssoziologen beklagen immer wieder, Gerichtsverfahren eigneten sich nicht zur Konfliktlösung, da sie zwischenmenschliche Konflikte zum Rechtsfall verstümmelten, grdl. *Tomasic*, Mediation as an Alternative to Adjudication. Rhetoric and Reality in the Neighborhood Justice Movement, 1980; die Beiträge in *ders./Feeley* (Hrsg.), Neighborhood Justice. Assessment of an Emerging Idea, 1982; *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, 1981, S. 9–30, 42–59, 203–241.

64 Insoweit grdl. *Galtung*, Institutinonalized Conflict Resolution. A Theoretical Paradigm, Journal of Peace Research 2 (1965), 348, 356: Trennung zwischen Ausgangskonflikt und dem in einem institutionalisierten Regulierungsmechanismus bearbeiteten Metakonflikt.

65 *Falke/Gessner*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 289, 293 f.; *Raiser*, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, ³1999, 16 VI. 3. (S. 297); s. auch *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 41.

66 *Rottleuthner*, Zur Soziologie richterlichen Handelns, Kritische Justiz 1971, 60, 68. Die Kritik steht unter dem Einfluß von *Habermas'* Diskurstheorie; dagegen *Röhl*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Justiz, 1982, S. 15, 21.

67 *Hegenbarth/Scholz*, Konfliktlösung ohne Kommunikation. Die Organisation der Sprachlosigkeit in Zivilprozessen, Informationsbrief für Rechtssoziologie Nr. 15 (1979), S. 88–118 (88); dagegen *Raiser*, Das lebende Recht. Rechssoziologie in Deutschland, ³1999, 16 VI. 3. (S. 298).

Die prinzipielle Kritik richtet sich weiter gegen die Retrospektivität richterlicher Urteile[68]. Rechtsentscheidungen sind strukturbedingt regelmäßig vergangenheitsorientiert. Der Richter hat einen abgeschlossenen Sachverhalt festzustellen und rechtlich zu würdigen. Da die Bedürfnisse der Parteien, deren Wünsche für die Zukunft, dabei keine Rolle spielen, zeitige die justitielle Form der Konfliktregelung vielfach unbefriedigende Ergebnisse[69].

Schließlich nötige der »binäre Schematismus des Rechts«[70] – ein Vertrag ist entweder zustande gekommen oder nicht, ein Sachverhalt bewiesen oder irrelevant, ein Verhalten rechtmäßig oder rechtswidrig – zu Alles-oder-nichts-Entscheidungen, die leicht weder den Interessen der Beteiligten noch den Unwägbarkeiten des Verfahrens gerecht würden[71], z. B. der häufigen Unsicherheit bei der Tatsachenfeststellung oder der mangelnden Schärfe rechtlicher Vorschriften. Das starre Korsett des Rechts vernachlässige mit seiner notwendigen Generalisierung die Einzelfallgerechtigkeit[72] und verhindere jede innovative Beilegung des Rechtsstreits. Spieltheoretisch sei der staatliche Prozeß ein Nullsummenspiel. Der Gewinn des einen sei stets identisch mit dem Verlust des anderen, das Ergebnis immer gleich Null. Ein ökonomischer Wert lasse sich auf diesem Wege nicht schöpfen[73].

2. *Konfliktverschärfender »Kampf ums Recht«*

Damit genug der Einwände und Bedenken? Mitnichten! Im Mittelpunkt der Diskussion um Alternativen zum Zivilprozeß steht weniger dessen mangelnde Eignung zur Konfliktlösung als vielmehr dessen »regelmäßig konfliktverschärfende Wirkung«. Das kontradiktorische gerichtliche Verfahren weist nach Ansicht der

68 *Falke/Gessner*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 289, 294.

69 *Aubert*, Competition and Dissensus. Two Types of Conflict and Conflict Resolution, Journal of Conflict Resolution 7 (1963), 26–42, 33. Kritik, daß durch den Richterspruch nur der Ausschnitt des zurückliegenden Sachverhalts entschieden wird, der unter eine Rechtsnorm subsumierbar ist, auch bei *Breidenbach*, in: *Breidenbach/Henssler* (Hrsg.), Mediation für Juristen, 1997, 1, 4; *Gottwald*, WM 1998, 1257, 1261; *Risse*, NJW 2000, 1614.

70 Begriff von *Luhmann*, Rechtssoziologie, 1972, S. 177.

71 *Falke/Gessner*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 289, 294, mit dem Nachweis weiterer krit. Stimmen »zur Polarisierung von Alternativen im Zivilprozeß« in Fn. 34; s. auch *Röhl*, in: ders. (Hrsg.), Lexikon des Rechts, Rechtssoziologie, 1996, Kza. 3/20, S. 2, und bei *Vidmar*, ZfRSoz. 1993, 35, 36; *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 47 ff., mit Hinweisen auf Abmilderungen des strengen Rechts.

72 *Risse*, BB 1999, Beilage 9, 1; *ders.*, NJW 2000, 1614.

73 *Haft*, BB 1998, Beil. 10, 15; *Schöpflin*, JA 2000, 157, 158 ff.; *Blankenburg*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 29, 32.

Kritiker deutliche Eskalationstendenzen auf, es treibt die Parteien in die Position von einander bekämpfenden Gegnern und zerstört damit endgültig deren Beziehung[74]. In der Tat wird die Zivilprozeßordnung beherrscht von der Vorstellung vom »Kampf ums Recht«. Am deutlichsten fand dieses Modell Ausdruck in *Rudolf von Iherings* gleichnamiger Schrift aus dem Jahre 1872[75]. Die berühmt gewordene Abhandlung prägte die wenige Jahre darauf verabschiedete CPO und beeinflußte die gesamte Justizkultur über Jahrzehnte hinweg nachhaltig[76]. *Ihering* formulierte pointiert: »Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu ist der Kampf«[77]. Und als Quintessenz seines Beitrags hielt er fest: »Das Preisgeben eines verletzten Rechts ist ein Akt der Feigheit, der der Person zur Unehre und dem Gemeinwesen zum größten Schaden gereicht; der Kampf um das Recht ist ein Akt der ethischen Selbsterhaltung, eine Pflicht gegen sich selbst und die Gemeinschaft.« Der Zivilprozeß ist danach geregelter und legaler Kampf der Parteien um ein streitiges Privatrecht, den es nicht zu vermeiden, sondern auszufechten gilt[78].

Bis heute bestimmt das Kampfmodell die Auseinandersetzung um Recht oder Unrecht und damit das Bewußtsein des Rechtsstaates und der Rechtsgenossen[79]. Doch wächst gerade in dieser Hinsicht das Unbehagen. Zunehmend wird beanstandet, »daß mit der Klageschrift sozusagen der Fehdebrief zugestellt wird, in den Schriftsätzen sodann die Fronten aufgebaut, mit allen Mitteln der Prozeßstrategie Hinterhalte errichtet, Überraschungsangriffe gestartet, Nebelkerzen gezündet und Nebenkriegsschauplätze eröffnet werden, daß selbst nach der gerichtlichen Entscheidung des Streits der Kampf in weiteren Runden fortgesetzt werden kann – bis schließlich der endgültige Verlierer feststeht (der dann für das ganze Scharmützel Reparationszahlungen leisten muß, § 91 ZPO)«[80]. Jeder Prozeß verursacht nach Einschätzung kritischer Beobachter »allein schon durch die ihm eigene Polarisationswirkung, die (...) durch die Einschaltung professioneller Feldherren, der Rechtsanwälte, noch verstärkt wird, einen erheblichen Verschleiß an Zeit, Arbeitskraft und Nerven, gravierende Einbußen an Lebensqualität und

74 *Blankenburg*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 29, 33; *Gottwald*, in: Gottwald/Haft (Hrsg.), Verhandeln und Vergleichen als juristische Fertigkeiten, ²1993, S. 87 f.; *Haft*, in: Festschr. f. Söllner, 2000, S. 391, 397; *Schöpflin*, JA 2000, 157, 158; *Risse*, NJW 2000, 1614, 1618; s. auch bereits *Kisch*, Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses, Juridicum 1 (1928/29), 1, 8.

75 *Ihering*, Der Kampf ums Recht, Vortrag vor der Wiener juristischen Gesellschaft, 1872.

76 Vgl. *Greger*, JZ 1997, 1077; *Strempel*, ZRP 1998, 319.

77 *Ihering*, Der Kampf ums Recht, 1872, S. 1.

78 *Ihering*, Der Kampf ums Recht, 1872, S. 14.

79 *Strempel*, ZRP 1998, 319.

80 *Greger*, JZ 1997, 1077, 1078 f.; *MacCormack*, Die Wahrheit über Anwälte, 1988/93, S. 228, hat die Klageerhebung mit dem Öffnen der Büchse Pandoras gleichgesetzt.

nachhaltige Störungen (...) sozialer Beziehungen«[81], führt leicht zu »Verbitterung, Retributionsgedanken und allzu oft zu Anschlußkonflikten«[82]. Damit wird – so das Resümee der Kritiker des staatlichen Gerichtsverfahrens – der Zivilprozeß schwerlich unseren heutigen Ansprüchen an konsensuelle Konfliktregelung und Konfliktmanagement gerecht[83], manchem erscheint das richterliche Urteil nur noch als ultima ratio, wenn nicht gar als beklagenswerter gesellschaftlicher Betriebsunfall[84].

V. Alternativen zum staatlichen Gerichtsverfahren

1. Bestandsaufnahme

Das Streben nach alternativen Streitbeilegungsformen und -foren führte in den vergangenen Jahren zu einem breiten Angebot an Schieds- und Schlichtungsstellen. Die Entwicklung ist gekennzeichnet durch eine starke Spezialisierung auf die jeweiligen Konfliktbereiche, ein hoher Grad an Ausdifferenzierung zeichnet sich ab[85].

a) Schiedsgerichtsbarkeit

Nicht in die engere Kategorie echter »Alternativen zur Justiz« fällt die Schiedsgerichtsbarkeit, obwohl es sich dabei um ein nichtstaatliches Verfahren handelt[86]. Schiedsgerichte sind Privatgerichte, denen die Entscheidung bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten an Stelle der Justiz durch private Willenserklärung übertragen ist[87]. Sie sind gesetzlich ausdrücklich anerkannt und ihr Rechtsrahmen ist festgelegt im zehnten Buch der ZPO (§§ 1025 ff.). Durch die Institutionalisierung und Reglementierung zeigt sich die Schiedsgerichtsbarkeit den staatlichen Gerichten in vielen Punkten stark angenähert, was ihre Sonderstellung unter den

81 *Greger*, JZ 1997, 1077, 1079.

82 *Risse*, NJW 2000, 1614, 1618.

83 *Strempel*, ZRP 1998, 319, 320 ff.

84 Siehe bei *Prütting*, JZ 1985, 261, 263.

85 *Gottwald*, in: Gottwald/Strempel, Streitschlichtung, 1995, S. 9 f.; *Strempel*, ebd., S. 187, 188 ff.

86 Zu dem durch Gesetz vom 22. 12. 1997 (BGBl. I S. 3224) umfassend reformierten Schiedsgerichtsverfahren vgl. *Berger* (Hrsg.), Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, 1998; *Schütze*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, ³1999; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, ⁶2000; *Lörcher/Lörcher*, Das Schiedsverfahren – national/international – nach neuem Recht, ²2001.

87 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, ¹⁵1993, § 171 I (S.1068 f.); *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, ²⁶2000, § 92 I (S. 350).

Alternativen begründet[88]. Die Verfahren sind inzwischen fast zu einer Kopie des rechtsförmigen Verfahrens geworden, der Unterschied besteht im wesentlichen darin, daß der staatliche durch einen privatautonom bestimmten Richter ersetzt wird[89].

Größere Bedeutung hat die Schiedsgerichtsbarkeit für den Wirtschaftsverkehr[90]. Streitigkeiten wichtiger Unternehmen mit gesamtwirtschaftlicher Relevanz, solche aus langfristigen Liefer- oder Kooperationsverträgen, aus den Bereichen des Gesellschaftsrechts, des Unternehmenskaufs, des Anlagenbaus und ähnliche Rechtsfälle gelangen nur selten vor die ordentlichen Gerichte. In bestimmten Wirtschaftszweigen werden fast alle brancheninternen Verträge mit Schiedsgerichtsklauseln versehen[91]. Besondere Vorzüge bestehen bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten, denn in manchen Ländern ist die Durchführung eines Prozesses ausgesprochen mühsam und kostspielig, die Vollstreckbarerklärung des in einem anderen Staat erwirkten Urteils gestaltet sich bisweilen schwierig, hinzu kommt das gegenüber einer fremden Gerichtsbarkeit oftmals bestehende Mißtrauen[92]. Eine Schiedsgerichtsvereinbarung erweist sich in solchen Fällen als vorteilhaft, da die Parteien die Schiedsrichter und die Verfahrenssprache selbst

88 *Prütting*, JZ 1985, 261, 264; *Walter*, ZZP 103 (1990), 141, 144; *Weigand*, BB 1996, 2106; *Risse*, NJW 2000, 1614. Zur Sonderstellung der »arbitration« unter den versch. ADR-Verfahren im anglo-amerikanischen Rechtsraum s. etwa *Brown/Marriott*, ADR Principles and Practice, 1993, S. 9.

89 *Labes*, DZWir 1998, 353; *Risse*, NJW 2000, 1614; s. auch *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, § 57, 2. (S. 523): »zwischen staatlicher und Schiedsgerichtsbarkeit besteht aus soziologischer Sicht keine scharfe Grenze, denn auch im Schiedsgericht wird ein Konflikt als Rechtsstreit ausgetragen. Es gibt kaum Schiedsgerichte, an denen nicht Juristen mit Befähigung zum Richteramt beteiligt sind, die staatliches Recht anwenden und der Prozedur zu einem rechtsförmigen Verlauf verhelfen. Am Ende leiht sich das Schiedsgericht auch noch den Segen und die Rechtsmittel des Staates: ›It has a legal flavour‹.«

90 *Böckstiegel*, DRiZ 1996, 267, 268 ff.; *Lionnet*, in: Festschr. f. Sandrock, 2000, S. 603 ff.

91 *P. Gottwald*, ZZP 95 (1982), 245, 252; *Oppenhoff*, in: Böckstiegel (Hrsg.), DIS-Schriftenreihe, Bd. 9, S. 23. Zu Schiedsklauseln und Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht vgl. zuletzt *K. Schmidt*, BB 2001, 1857.

92 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, [15]1993, § 171 I 3. (S. 1069); *Maier*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 61, 62; *Böckstiegel*, DRiZ 1996, 267, 270: Die internationale Vollstreckung von Schiedsgerichtsurteilen ist in wesentlich höherem Maß gesichert als die Vollstreckung staatlicher Gerichtsurteile, weil alle wesentlichen Industriestaaten und die überwiegende Zahl der Entwicklungsländer dem New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedsgerichtsurteile beigetreten sind, während es ein vergleichbares Übereinkommen über die Vollstreckung von Gerichtsurteilen jedenfalls außerhalb der Europäischen Gemeinschaft nicht gibt; s. auch *Schütze*, ZVglRWiss 99 (2000), 241, 249 f.

bestimmen[93] und das Schiedsgericht grundsätzlich an jedem geeigneten Ort zusammentreten kann[94]. Dies alles sind wichtige Aspekte für den internationalen Wirtschaftsverkehr, für die Bedürfnisse des Normalbürgers aber bleiben Schiedsgerichte weitgehend ohne Interesse[95].

b) Schlichtungsstellen

Anderes gilt im Grunde für die Schlichtungsstellen, deren Zahl mittlerweile kaum mehr überschaubar ist[96]. Beispielhaft genannt seien – von den gesetzlich vorgeschriebenen – die in vielen Bundesländern existierenden kommunalen Schiedsämter (früher Schiedsmänner)[97], die Schlichtungsorgane berufsständischer Körperschaften, etwa die von den Handwerkskammern gemäß § 91 I Nr. 11 HandwO eingerichteten Vermittlungsstellen zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen selbständigen Handwerkern und ihren Auftraggebern[98], und die wettbewerbsrechtlichen Einigungsstellen nach § 27a UWG[99]. Zudem haben sich einige berufsständische Organisationen sowie Interessenverbände der Wirtschaft unabhängig von einem gesetzlichen Auftrag dazu entschlossen, Schlichtungsstellen einzurichten, an die sich die Kunden der jeweiligen Branche mit ihren Beschwerden wenden können. Größere Bekanntheit erlangten etwa die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen der Ärztekammern[100] sowie der Bankenombuds-

93 Anders beim staatlichen Gerichtsverfahren: Die Zuständigkeit ist im voraus durch den Geschäftsverteilungsplan festgelegt (Art. 101 I 2 GG), die Gerichtssprache ist deutsch (§ 184 GVG).

94 Für die staatlichen Gerichte hingegen bestimmt § 219 I ZPO, daß die Termine grds. an der Gerichtsstelle abgehalten werden. Zur Mobilität der Schiedsgerichte *Schütze*, ZVglRWiss 99 (2000), 241, 247 f.

95 *Prütting*, JZ 1985, 261, 264; auch *Ebbing*, JJZ 1996, 183, 188, 224; *Labes*, DZWir 1998, 353.

96 Kurzüberblick mit Nachweisen bei *Stein/Jonas-Leipold*, ZPO, [21]1996, § 279 Rdnr. 29 ff. Eine umfassende Zusammenstellung enthält die Broschüre »Schlichten ist besser als Richten«, [13]1997, hrsg. vom Presse- und Informationsamt der Bundesregierung.

97 Dazu *Röhl* (Hrsg.), Das Güteverfahren vor dem Schiedsmann. Soziologische und kommunikationstechnische Untersuchungen, 1987; *Gain-Schulte*, Das Schlichtungsverfahren vor Schiedsämtern und Schiedsstellen, [4]1991.

98 Dazu *Morasch/Blankenburg*, ZRP 1985, 217, 219 f., mit empirischen Daten zur Arbeit dieser Vermittlungsstellen.

99 Zu diesen *Köhler*, in: Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, [2]2001, § 27 a; *Lukes*, in: Festschr. f. Nipperdey II (1965), S. 365 ff.

100 Dazu *Matthies*, Schiedsinstanzen im Bereich der Arzthaftung. Soll und Haben, 1984; *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V.* (Hrsg.), Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, 1990; *Weizel*, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen für Arzthaftpflichtfragen, 1999.

mann[101]. Seit kurzem sieht § 29 AGBG (nach dem BGB-RE vom 9. 5. 2001: § 13 UKlaG) die Einrichtung von Schlichtungsstellen für Streitigkeiten zwischen Kunden und Kreditinstituten im Rahmen des Überweisungsverkehrs vor[102].

Neben diesen institutionalisierten Stellen ist besonders hinzuweisen auf die beratende und vermittelnde Tätigkeit von Rechtsanwälten. Sie werden bisweilen als »die geborenen Streitschlichter« bezeichnet[103]. Nicht zu Unrecht, denn nach einer Untersuchung des Bundesministeriums der Justiz jüngeren Datums erledigen Rechtsanwälte etwa 70 % ihrer Fälle außergerichtlich[104] – eine beachtliche Leistung und außerordentliche Entlastung der Gerichte. Um die präforensische Streitbeilegung weiter zu fördern, wurden die Rahmenbedingungen für den Anwaltsvergleich verbessert. So sieht § 796 a ZPO die Möglichkeit der Vollstreckbarerklärung vor. Beim anwaltlichen Gebührenrecht wurden die dem Betrage nach begrenzte Erstberatungsgebühr, die Möglichkeit zur Vereinbarung von Zeit- und Pauschalgebühren in außergerichtlichen Angelegenheiten und eine Erhöhung der Gebührensätze für den vorgerichtlichen Vergleich eingeführt (§§ 20, 23, 3 BRAGO). Außerdem erkennt die neue Berufsordnung der Rechtsanwälte in § 18 nunmehr Mediation als legitimen Teil anwaltlicher Tätigkeit an[105].

c) Mediation

Mediation, so heißt das neue Zauberwort in der Konfliktbehandlung[106]. Ob in den Medien oder der juristischen Praxis, das Thema ist heute allgegenwärtig. In-

101 Dazu *Hoeren*, NJW 1992, 2727; *ders.*, NJW 1994, 362; *Bundschuh*, ZBB 1998, 2; *Steuer*, in: Schimansky (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 1997, § 3 (S. 28–53); ausführlich *Th. v. Hippel*, Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen, 2000; krit. Anm. bei *Scherpe*, RabelsZ 64 (2000), 614.

102 Eingefügt durch Überweisungsgesetz vom 21. 7. 1999 (BGBl. I S. 1642). Das Verfahren wird durch die am 30. 10. 1999 in Kraft getretene Schlichtungsstellen-Verfahrensverordnung (BGBl. I S. 2068) geregelt.

103 *Ponschab*, AnwBl. 1997, 520: Streitschlichtung-Anwaltssache; *Busse*, AnwBl. 1997, 522. Zur Entlastung der Justiz durch notarielle Tätigkeiten *K. Wagner*, DNotZ 2000, 421; *ders.*, NJW 2001, 2128; *Weber/Maas*, in: Festschr. f. Bezzenberger, 2000, 633; *Grziwotz*, Erfolgreiche Verhandlungsführung und Konfliktmanagement durch Notare, 2001.

104 Vgl. in der Mitt. in NJW 1999, 2091; ebenso bereits die Ergebnisse der »Nürnberger Anwaltsstudie«, vgl. *Wasilewski*, Streitverhütung durch Rechtsanwälte, 1990, S. 92; *Simsa/Stock*, ZfRSoz. 1991, 302.

105 Zu anwaltlichem Berufsrecht und Mediation vgl. *Henssler*, in: Koch/Henssler (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, § 3 (S. 87 ff.).

106 Vgl. aus dem inzwischen reichhaltigen Schrifttum insbes. die Monographien von *Breidenbach*, Mediation, 1995; *ders./Henssler* (Hrsg.), Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, 1997; *Gottwald/Strempel/Beckedorff/Linke*, Außergerichtliche Konfliktregelung für Rechtsanwälte und Notare (AKR-Handbuch), 1997; *Strempel* (Hrsg.), Mediation für die Praxis, 1998; *Duve*, Mediation

nerhalb der breitgefächerten Alternativendiskussion wird Mediation immer mehr zum »Inbegriff prozessualer Reformen«[107] und soll als »Wegbereiter einer zeitgemäßen Streitkultur« Eingang in die Juristenausbildung finden[108]. Mediation bezeichnet ein außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren, in dem ein neutraler Dritter, der Mediator, ohne eigene Entscheidungsbefugnis – dies unterscheidet ihn vom Schiedsrichter oder Schlichter – zwischen den Parteien vermittelt[109]. Die Parteien sollen selbst eine möglichst autonome und einverständliche Regelung ihres Konflikts finden. Der Mediator ist für den Kommunikationsprozeß, die Organisation und Strukturierung der Gesprächsführung verantwortlich. Er hat die Funktion eines Katalysators, unterstützt die Parteien in dem geleiteten Verständigungsprozeß durch Einsatz seiner professionellen kommunikativen Fähigkeiten, psychologischen Kenntnisse sowie besonderen Sachkunde und hilft ihnen so bei der Erarbeitung konsensueller, kooperativer Lösungen[110].

und Vergleich im Prozeß, 1999; *Vögele* (Hrsg.), Mediation–vermitteln–verhandeln–schlichten, ²1999; *Besemer*, Mediation, ⁶1999; *Haft*, Verhandeln und Mediation, ²2000; *Henssler/Koch* (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 2000; *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001 – aus der Aufsatzliteratur *Mähler/Mähler*, NJW 1997, 1262; *D. v. Hoyningen-Huene*, JuS 1997, 352; *Strempel*, ZRP 1998, 319; *Gottwald*, WM 1998, 1257; *Prütting*, BB 1999, 7; *Schöpflin*, JA 2000, 157; *Schöbel*, JuS 2000, 372; *Kraft*, VersR 2000, 935; *Risse*, NJW 2000, 1614; *Haft*, in: Festschr. f. Schütze, 1999, S. 256; *ders.*, in: Festschr. f. Söllner, 2000, S. 391; *Möller/Reitzmann*, ebd., S. 761; *Eidenmüller*, in: Breidenbach/Coester-Waltjen/Hess/Nelle/Wolf (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, 2001, S. 45.

107 *Sobota/Kracht/Michaelis*, JA 1999, 261; *Hommerich*, AnwBl. 2001, 258: »innovatives Konfliktlösungsverfahren«.

108 Vgl. die Entschließung der Justizministerkonferenz vom 11. bis 13. 6. 2001 zur Modernisierung der Juristenausbildung; auch schon *Schaffner*, AnwBl. 1997, 139; *Ponschab*, AnwBl. 1997, 145, 147; *Schwackenberg*, AnwBl. 1997, 529; *Strempel*, in: ders. (Hrsg.), Juristenausbildung zwischen Internationalität und Individualität, 1998, S. 365; kritisch *Schöbel*, JuS 2000, 372, 375: »Eine umfassende Ausbildung zum Mediator (...) ist in unserem System der Juristenausbildung nicht zu leisten«. Einen Überblick über die bekanntesten Institutionen und Ausbildungsinstitute im Bereich der Mediation geben *Hehn/Rüssel*, NJW 2001, 347.

109 Vgl. nur *Breidenbach*, Mediation 1995, S. 4; zur Begrifflichkeit *Prokesch*, Konsens 1998, 113 f.; *Bühring/Uhle*, in: Gottwald/Strempel (Hrsg.), Streitschlichtung, 1995, S. 63.

110 *Gottwald*, WM 1998, 1257, 1260: »Mediation folgt der Grundeinsicht, daß auf Dauer nur diejenigen psychologischen Programme erfolgreich sind, die den Menschen nicht lediglich als wandelnden Mini-Macchiavelli und kompetitiven Haudegen agieren lassen, sondern die ihn als das ›verhandelnde Wesen‹ sehen und das Programm Kooperation und die Fähigkeit zur Versöhnung und zum Friedensschluß betonen«; *Sobota/Kracht/Michaelis*, JA 1999, 261; *Eidenmüller*, in: Koch/Henssler (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, § 2 Rdnrn. 21 und 33 ff.

Im Grunde ist Mediation ein uraltes Instrument der Vermittlung einvernehmlicher Konfliktregelung[111]. Im Schrifttum findet sich der Verweis auf den Diplomaten Fabio Chigi, den Papst Urban VIII als Mediator Pacis zum Friedenskongreß nach Münster schickte, auf dem der Westfälische Friede den Dreißigjährigen Krieg beendete[112]. Die Mediation moderner Prägung stammt aus den Vereinigten Staaten, in denen sie seit den sechziger Jahren einen enormen Aufschwung erlebte[113]. Neu daran ist vor allem das besonders detaillierte Verfahren[114]. Bei allen Unterschieden, die Mediation in den einzelnen Konfliktfeldern aufweist, lassen sich doch bestimmt aufeinanderfolgende Phasen einer jeden Streitmittlung ausmachen und benennen, nämlich: Abklärung, ob Mediation ein geeignetes Verfahren ist; daraufhin Festlegung des Arbeitsbündnisses, welches die Grundregeln enthält, die Mediation als institutionelles Verfahren kennzeichnen; Bestimmung der Konfliktfelder durch Positionsbeschreibungen; Herausarbeitung der unterschiedlichen Interessen und Bedürfnisse hinter den Positionen; auf der Grundlage der Akzeptanz unterschiedlicher Sichtweisen: Zieldefinitionen, welche die jeweiligen Interessen einschließen und sich orientieren an der Aktivierung möglicher Ressourcen und synergetischer Aspekte; Entwicklung neuer Optionen und Wahlmöglichkeiten; Entscheidungsfindung unter Einbeziehung und Nutzung aller Erfahrungswerte und unter Abwägung aller Vor- und Nachteile; gegebenenfalls rechtsverbindliche Festlegung der von den Parteien erzielten Lösungen[115].

Das Erfolgskonzept der Mediation besteht darin, trotz relativ strenger Verfahrensmäßigkeit den engen Rahmen des Juristischen zu verlassen und dadurch die Zahl der Lösungsoptionen zu vergrößern[116]. Ihre Anwendungsfelder sind verschiedenartig. Der Schwerpunkt liegt derzeit noch bei den familienrechtlichen Scheidungsauseinandersetzungen[117]. Doch auch im (Kollektiv-)Arbeitsrecht[118]

111 Vgl den historischen Exkurs von *Breidenbach*, Mediation, 1995, S. 7 ff.; auch *Haft*, in: Festschr. f. Schütze, 1999, S. 256 ff.; anschaulich und weiterführend *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 3 ff.

112 Siehe bei *Proksch*, Konsens 1998, 114; *Mähler/Mähler*, Konsens 1999, 200; *Schöpflin*, JA 2000, 157, 163.

113 Aus der überreichen Literatur vgl. nur etwa *Brown/Marriott*, ADR Principles and Practice, 1993; *Fisher/Ury*, Getting to yes, 1981 (repr. ²1999); *Goldberg/Sander/Rogers*, Dispute Resolution, ³1999; *Ware*, Alternative Dispute Resolution, 2001; *Menkel-Meadow*, Mediation. Theory, Policy and Practice, 2001.

114 *Proksch*, Konsens 1998, 114; *Schöpflin*, JA 2000, 157, 163.

115 Vgl. *Eidenmüller*, in: Henssler/Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, § 2 Rdnrn. 58 ff.; *Duve*, ebd., § 5 Rdnrn. 34 ff.; *Mähler/Mähler*, NJW 1997, 1262, 1264; ausführlich *Haft*, Verhandeln und Mediation, ²2000, S. 123 ff., 245 ff. Die Darstellung des Ablaufs orientiert sich auch im deutschen Schrifttum an den Schritten des »Harvard-Konzepts«, s. bei *Fisher/Ury*, Getting to Yes, 1981 (repr. ²1999).

116 *Gottwald*, WM 1998, 1257, 1260; *Sobota/Kracht/Michaelis*, JA 1999, 261.

117 Dazu *Mähler/Mähler/Duss-von Werdt*, Faire Scheidung durch Mediation, 1994; *Duss-von Werdt/Mähler/Mähler*, Mediation – Die andere Scheidung, 1995; *Friedmann*, Die

sowie im Wirtschaftsrecht[119], z. B. bei Streitigkeiten zwischen Großunternehmen oder innerhalb von Organisationen, werden zunehmend Formen kooperativer Konfliktregelung praktiziert. Im Strafrecht finden sich mediative Elemente im Zusammenhang mit Wiedergutmachungsversuchen, so im Rahmen des Täter-Opfer-Ausgleichs[120]. Schließlich gewinnt die Mediation Bedeutung im Öffentlichen Recht, vor allem in Raumordnungs-, Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren, meist auch bei umweltrechtlichen Streitigkeiten[121]. In solchen durch die Beteiligung einer großen Zahl von Personen mit ganz unterschiedlichen Interessen gekennzeichneten multipolaren und multidimensionalen Konflikten geraten die Gerichte schnell an die Grenze des durch sie Leistbaren. Hier im besonderen bietet sich Mediation mit einem Interessenclearing als geeignete Konfliktlösungsstrategie an[122].

Scheidungs-Mediation, 1996; *Proksch*, Kooperative Vermittlung (Mediation) in streitigen Familiensachen, 1998; *ders.*, Mediation – Vermittlung in familiären Konflikten, 1998; *Haynes*, Scheidung ohne Verlierer – Mediation in der Praxis, ⁴2000.

118 *Stevens-Bartol*, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, 1997, S. 141 ff.; *Budde*, in: Henssler/Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, § 15 (S. 497 ff.); *Grotmann-Höflin*, AnwBl. 1996, 488 ff.; *Thau*, AuA 1997, 343 ff.; *Henkel*, NZA 2000, 929 ff.; *Poschab/Dendorfer*, BB 2001, Beilage 2, 1 ff.; *Prütting*, in: Festschr. f. Hanau, 1999, S. 743 ff.

119 *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, 1999; *Altmann/Fiebiger/Müller*, Mediation. Konfliktmanagement für moderne Unternehmen, 1999; *Schieferstein*, Handbuch der Mediation im Wirtschaftsrecht, 2000; *Schneider*, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, 1997, S. 171 ff.; *Günther/Hoffer*, in: Henssler/Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, § 11 (S. 355 ff.); *Spörer*, Konsens 1998, 27 ff.; *Schmidt*, BB 1998, Beilage 10, 6 ff.; *Eidenmüller*, BB 1998, Beilage 10, 19 ff.; *Risse*, BB 1999, Beilage 9, 1 ff.; *ders.*, NJW 2000, 1614 ff.; *Kraft*, VersR 2000, 935 ff.; *Elsing*, in: Festschr. f. Sandrock, 2000, S. 267 ff.

120 § 46 a Nr. 1 StGB (eingefügt durch VerbrechensbekämpfungsG. vom 28. 10. 1994, BGBl. I S. 3168), dazu *Brauns*, Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter, 1996, S. 298 ff.; *Rössner*, in: Strempel (Hrsg.), Mediation für die Praxis, 1998, S. 42 ff.; *Loos*, in: Festschr. f. H.-J. Hirsch, 1999, S. 851 ff.; *Stein*, NStZ 2000, 393 ff.; *M. Walter*, in: Henssler/Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, § 14 (S. 471 ff.); s. auch *Umbreit* (Hrsg.), The Handbook of Victim Offender Mediation, 2001.

121 *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, Konfliktbewältigung durch Verhandlungen – Informelle und mittlerunterstützte Verhandlungen im Verwaltungsverfahren, 1990; *Hoffmann-Riem*, Konfliktmittler in Verwaltungsverhandlungen, 1989; *Sünderhauf*, Mediation bei der außergerichtlichen Lösung von Umweltkonflikten in Deutschland,, 1997; *Zilleßen*, Mediation – Kooperatives Konfliktmanagement in der Umweltpolitik, 1998; *Lackner*, Neue Verfahren der Bürgerteilhabe – Mediation und Planungszelle, 1999; *Holznagel*, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, 1997, S. 147 ff.; *Ramsauer*, ebd., S. 161 ff.; *Caspar*, DVBl. 1995, 992 ff.; *Stüer/Rude*, DVBl. 1998, 630 ff.; *Zilleßen*, Konsens 1998, 24 ff.; *Holznagel*, Jura 1999, 71 ff.; *Wagner/Engelhardt*, NVwZ 2001, 370 ff.

122 *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190, 192; s. auch *Möller/Reitzmann*, in: Festschr. f. Söllner, 2000, S. 761, 768 ff.; *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 128 ff.

2. Evaluation

a) Vorzüge

Die Gründe für die Wahl von Schlichtungs- oder Vermittlungsverfahren sind vielfältig. Im Vordergrund steht die geringere Förmlichkeit und dadurch schnellere und kostengünstigere Erledigung eines Streits als vor den staatlichen Gerichten[123]. Auch die Mediation soll regelmäßig rascher und preiswerter zum erwünschten Ziel führen, da die aufwendige Vorbereitung durch überbordete Schriftsätze entfällt, der Mediator als privater Dienstleister sofort zur Verfügung steht und die selbst erreichte Einigung eine Nachprüfung durch die übergeordnete Instanz überflüssig macht[124].

Neben dem geringeren Zeit- und Kostenaufwand kann für Gerichtsalternativen eine im Einzelfall größere Sachkunde des angerufenen oder von den Parteien selbst bestellten Schiedsrichters, Schlichters oder Mediators sprechen, der kein Jurist zu sein braucht, sondern Experte auf dem jeweils angesprochenen Fachgebiet sein kann[125]. Verlangt erfolgversprechende Mediation (z. B. in Wirtschaftssachen) auch Rechtsberatung durch den Mediator, dann allerdings greift das Rechtsberatungsgesetz ein und untersagt dem Nichtanwalt eine Tätigkeit (Art. 1 § 1 I 1, § 3 Nr. 2 RBerG)[126].

Des weiteren erweist sich häufig die Nichtöffentlichkeit nahezu aller Schlichtungseinrichtungen als günstig. Zweifellos ist es eine bedeutsame Errungenschaft der Aufklärung, daß Gerichtsverfahren öffentlich sind (vgl. § 169 GVG), die Abschaffung der Geheimjustiz ist ein grundlegendes Element des Rechtsstaates[127]. Doch hat sich die ursprünglich der Kontrolle durch das Volk dienende Öffentlichkeit in jüngerer Zeit zu einer Medienöffentlichkeit entwickelt, die den Parteien oftmals lästig, bisweilen sogar schädlich ist[128]. Die Vertraulichkeit der Schieds-, Schlichtungs- und Mediationsverfahren verhindert, daß Interna nach außen gelangen und schafft häufig auch ein der Vergleichsbereitschaft zuträglicheres Klima[129].

Der ausschlaggebende Grund für die Wahl einer Justizalternative aber liegt in der Aussicht auf Erzielung einer qualitativ hochwertigen, dem Gerichtsurteil überlegenen Konfliktlösung[130]. Dies gilt besonders für die Mediation. Gegenstand der Verhandlungen, die eine einvernehmliche Streitbeilegung anstreben, ist der Konflikt als Ganzes. Alle Streitursachen, Beziehungsprobleme, Veränderungen, Empfindungen, Vorstellungen, Interessen, Wünsche und sozialen Belange können berücksichtigt werden. Bei außergerichtlicher Streitaufarbeitung bleibt Raum für die Beleuchtung des Umfeldes des Konflikts, seine meist außerrechtliche Genese, sowie für die Berücksichtigung der Auswirkungen möglicher Lösungen auf die Beteiligten oder auf Dritte, kurz, für eine Gesamtanalyse[131]. Es ist ein altes Anliegen der Sozialwissenschaften, daß an die Stelle der Streitentscheidung durch die Justiz eine »echte Konfliktlösung« treten soll, welche zu den »underlying causes«, den tieferliegenden Ursachen vordringt und eine Verständigungsmöglichkeit zwischen den Streitenden aufzeigt[132].

Die Überlegenheit gütlicher Einigung erweist sich sodann bei den Regelungsinhalten. Nehmen die Parteien die Konfliktbehandlung selbst in die Hand, können sie das Ergebnis nach ihren eigenen Gerechtigkeitsvorstellungen ausrichten. Maßgeblich ist dann nicht ein Monopol juristischer Relevanzkriterien, sondern was den Parteien wichtig ist. Freilich stehen Verhandlungen zumeist »im Schatten des Rechts«[133]. Das Recht markiert als verfügbare Alternative die Austiegsgrenze. Im Bewußtsein der Disponibilität und des Angebotscharakters können die Partei-

123 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, [15]1993, § 171 II. 1. d); *Raiser*, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, [3]1999, § 16 IV. 3. (S. 289 f.); *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 43; s. auch Begr. zum Entwurf eines Bayrischen Schlichtungsgesetzes in Umsetzung von § 15 a EGZPO (LT-Drucks. 14/2265); krit. *Rehbinder*, Rechtssoziologie, [4]2000, Rdnr. 156.

124 *Risse*, NJW 2000, 1614, 1618; *Paton*, VersRAI 2001, 47; *Ponschab/Dendorfer*, BB 2001, Beilage 2, 1, 2; zum Zeitfaktor s. auch *Schneider*, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, 1997, S. 171, 176 f.; Kostenvergleich bei *Eidenmüller*, in: Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, 2001, S. 45, 97 ff.; *Steinbrück*, AnwBl. 1999, 574, 577 f.; auch *Casper/Risse*, ZIP 2000, 437, 439; *Kilian*, VersR 2000, 942, 946 f.; vgl. weiter *Strempel*, ZRP 1998, 319, 322, zu nicht monetarisierbaren Kosten der Konfliktlösung.

125 *Raiser*, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, [3]1999, § 16 IV. 3. (S. 289 f.); *Labes*, DZWir 1998, 353, 354; *Eidenmüller*, in: Koch/Henssler (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, § 2 Rdnrn. 87 ff.

126 OLG Rostock, BB 2001, 1869 m. Anm. *Duve*; *Henssler*, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, 1997, S. 82 ff.; *ders.*, in: Henssler/Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, § 3 Rdnrn. 56 ff.; *Prütting*, BB 1999, Beilage 9, 7, 12.

127 Den Umschwung von der Nichtöffentlichkeit zur Öffentlichkeit bewirkte der französische Code de Procédure Civil 1806, vgl. *Wieczorek/Schütze/Prütting*, ZPO, [3]1994, Einl., Rdnr. 1.

128 *Prütting*, in: Festschr. f. Schütze, 1999, S. 685 ff.; *Schütze*, ZVglRWiss 99 (2000), 241, 249.

129 *Prütting*, JZ 1985, 261, 268; *Labes*, DZWir 1998, 353, 354.

130 *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 44 f.; *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, § 56, 3. (S. 514). Zu der schwierigen Frage, nach welchen Kriterien die Qualität einer Konfliktlösung bewertet werden kann, vgl. *Breidenbach*, Meditation, 1995, S. 189 ff.

131 *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 42 f.; *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 421, 425.

132 *Röhl*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 15, 19 f.; *ders.*, Rechtssoziologie, 1987, § 56, 3. (S. 514).

133 Nach dem berühmten Titel von *Mnookin & Kornhauser*, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, 88 Yale L.Y. (1979), 950, insbes. 968 ff.

en »den Reichtum der Gesetze wie eine Schatzkammer für die Vertragsgestaltung ausschöpfen (...), ohne dem Automatismus einer Rechtsunterworfenheit zu erliegen«[134]. Von den Bindungen des starren Normensystems befreit, können innovative Streitlösungen entstehen. Flexible, einzelfallorientierte Kompromißlösungen vermögen die beiderseitigen Interessen besser zu befriedigen als ein streitiges Urteil[135].

Einvernehmlich getroffene Regelungen müssen nicht ausschließlich der Vergangenheitsbewältigung dienen, sondern können ganz an den Wünschen der Parteien für die gemeinsame Zukunft ausgerichtet sein und damit maßgeblich zum Erhalt ihrer sozialen Beziehungen beitragen[136].

Auch ermöglichen Verhandlungen Ausweitungen des »Streitbewältigungsgegenstandes«[137] und das Schnüren von Paketlösungen: Streiten sich zwei Nachbarn über auf das Grundstück des anderen ragende Zweige, so ist ein Ende des Konflikts u. U. erst möglich, wenn man zugleich auch den Streit über den lärmenden Froschteich, die beißenden Rauchschwaden des Grills, die häßlichen Gartenzwerge und die zurückliegenden Beleidigungen regelt. Dies ist durch Urteil im Prozeß um die hinüberhängenden Zweige nicht möglich[138].

Schließlich können die Parteien außergerichtlich viel eher als der Richter im streitigen Verfahren wertschöpfende Lösungen erzielen. Häufig erfolgt gerade zu diesem Zweck die Einschaltung eines Dritten, insbesondere bei der Mediation. Die Kontrahenten neigen bei Meinungsverschiedenheiten intuitiv zu einem kompetitiven Verhandeln: Jede Partei will das beste Ergebnis auf Kosten des anderen erzielen, es wird nur um gegenseitige Konzessionen von erhobenen Maximalforderungen gerungen. Aufgabe des Dritten ist es hier, die Parteien zu einem kooperativen Verhandlungsstil anzuleiten[139].

Das Geheimnis kooperativer Konfliktbewältigung besteht darin, die hinter den verfochtenen Positionen stehenden, oftmals verborgenen Interessen aufzudecken und Übereinstimmungen zu ermitteln[140]. Illustrativ ist der häufig angeführte Orangenfall: Zwei Schwestern streiten sich um eine Orange. Beim Denken in Positionen (z. B. des Eigentums) will jede die ganze Frucht für sich haben. Vielleicht wird diese am Ende halbiert. Durch Ermittlung der Interessen im Wege rationalen Verhandelns erkennen beide aber, daß die eine Schwester das Fruchtfleisch essen möchte, während die andere die Schale zum Backen benötigt. So kann jede bekommen, was sie braucht, ohne daß der anderen etwas fehlt.

Formen professioneller Konfliktmittlung versuchen den Brückenschlag zum kooperativen Modell. Gelingt dies, kann ein Nullsummenspiel, bei dem nur einer gewinnt was der andere verliert, unter Umständen vermieden werden, statt dessen ein Optimierungsversuch erfolgen mit dem Ziel, die beiderseitigen Interessen so weit als möglich zu befriedigen. »Win-win-solution« lautet das Schlagwort für Konfliktbereinigung unter Mobilisierung kooperationsbedingter Wertschöpfungspotentiale[141].

b) Akzeptanz

Bei den vielen Vorzügen außergerichtlicher Streitbeilegung muß es verwundern, daß das vorhandene breite Angebot an Schieds- und Schlichtungsstellen sowie Vermittlungstätigkeiten vom Publikum kaum in Anspruch genommen wird. Die Alternativen zur Justiz spielen ungeachtet der langjährigen Diskussion in der

134 *Mähler/Mähler*, NJW 1997, 1262, 1265, mit Verweis auf *Rehbinder*, Vertragsgestaltung, ²1993, S. 1 ff: Vertragsgestaltung zielt ab auf Rechtsverwendung, nicht auf Rechtsanwendung. Zur Bedeutung des Rechts für die Mediation s. auch *Breidenbach*, Mediation, 1995, S. 104 ff.; *Risse*, BB 1999, Beilage 9, 1 ff.

135 *Falke/Gessner*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 289, 295; *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, § 53, 5.b. (S. 476): »In Verhandlungen kann man auch Kollisionsprobleme in einer Weise lösen, die dem Richter versagt ist. Mit dem Recht verbindet sich das Postulat der logischen Konsistenz. (...) Vermittlung dagegen kann beiden Teilen Recht geben«; *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 44 f.

136 *Brown/Marriott*, ADR Principles and Practice, 1993, S. 13; *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 45, 51; *Leeb*, BB 1998, Beilage 10, 3, 5; *Risse*, NJW 2000, 1614, 1618 f.; *Schöbel*, JuS 2000, 372, 373, betont die Bedeutung von Verhandlungen als »vorausschauendes Konfliktmanagement« und die Möglichkeit des Einsatzes der Mediation zur Konfliktvermeidung; ausführlich dazu *Eidenmüller*, in: Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, 2001, S. 45, 51 ff.

137 *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 421, 425, in Abwandlung des von *Breidenbach*, Mediation, 1995, S. 36 ff., vorgeschlagenen Begriffs »Streitbehandlungsgegenstand«.

138 Das Beispiel nach *Schöpflin*, JA 2000, 157, 158.

139 Zu kompetetivem, konkurrenzorientiertem Verhandeln einerseits, der Strategie kooperativen Verhandelns andererseits grdl. *Menkel-Meadow*, 31 UCLA L. Rev. (1984), 754, 768 ff.; s. auch *Fischer/Ury*, Getting to yes, 1981, S. 22 ff.; *Fisher/Ury/Patton*, Das Harvard-Konzept, ¹⁹2000, S. 46 ff.; *Lewicki/Hiam/Olander*, Verhandeln mit Strategie, 1998; *Eidenmüller*, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, 1997, S. 31, 40 ff.; *Haft*, Verhandeln und Mediation, ²2000, S. 166 ff. u. passim; *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 68 ff. Allg. zu dem Unterschied zw. kommunikativem und strategischem Handeln *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, 1981, S. 440 ff.

140 Grdl. *Menkel-Meadow*, Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving, 31 UCLA L. Rev. (1984), 754, 778 ff.; aus dem dt. Schrifttum *Haft*, Verhandeln und Mediation, ²2000, S. 59 ff., 246 f. u. passim; *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 67 ff.; *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190, 194 f.

141 *Fischer/Ury*, Getting to yes, 1981, S. 22 ff.; *Menkel-Meadow*, 31 UCLA L. Rev. (1984), 754, 794 ff.; aus dem dt. Schrifttum *Breidenbach*, Mediation, 1995, S. 72 f.; *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, 1999, S. 331 ff. u. passim.; *Schöpflin*, JA 2000, 157, 159 ff; *Risse*, NJW 2000, 1614, 1619.

Rechtspraxis weiterhin nur eine marginale Rolle[142]. Entweder fristen sie, wie einige Schiedsstellen von Gewerbezweigen, bereits ein zu wenig bekanntes Dasein, als daß sie in nennenswertem Ausmaß genutzt werden könnten, oder sie stoßen auf generelle Akzeptanzprobleme, leiden nicht selten sogar an einer stark zurückgehenden Bedeutung, wie etwa die Institution des Schiedsmannes[143]. Bei einer Untersuchung der Wirkungsweise all dieser Alternativen zur Justiz war das Ergebnis ernüchternd[144]. Auch flankierende Maßnahmen im Bereich des Verfahrensrechts (vgl. nur etwa die Möglichkeit des für vollstreckbar zu erklärenden Anwaltsvergleichs, § 796 a ZPO, oder den Ausbau des Beweissicherungs- zum selbständigen Beweisverfahren, §§ 485 ff. ZPO) ändern an der Situation ausgesprochen wenig[145]. Und so resümiert *Dieter Leipold*: »Die Geschichte des Schlichtungsgedankens in Deutschland ist im großen und ganzen die Geschichte seines Scheiterns«[146].

Fragt man nach den Gründen für den geringen Zulauf, lautet die Erklärung meist, die Justiz sei im Bewußtsein der Bevölkerung so übermächtig, daß alle Alternativen leicht als Konfliktregelung zweiter Klasse erscheinen[147]. Offenbar ist die Einschaltung staatlicher Gerichte aus der Sicht der Betroffenen meist der beste Weg[148]. Die zeitweise positive Bewertung der Justizalternativen in Fachkreisen

142 *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190, 192, 193 f.; *Röhl*, ZfRSoz. 1993, 1, 19 ff.; *ders.*, Rechtssoziologie, 1987, § 56, 4. (S. 518); *Raiser*, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, ³1999, § 16 VI. 3. (S. 298): »geringe Akzeptanz alternativer Streitentscheidungsverfahren bei der breiten Masse der Menschen«.

143 *Blankenburg/Gottwald/Strempel*, Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, Vorwort, S. 11; Einzelheiten ebd. in den Beiträgen von *Siegel* (S. 55 ff.), *Morasch* (S. 95 ff.), *Felstinger* (S. 125 ff.) u. *Reich* (S. 219 ff.); *Preibisch*, Außergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit, 1982, S. 232 ff.; *Stock*, in: Gottwald/Strempel (Hrsg.), Streitschlichtung, 1995, S. 113, 123. In Baden-Württemberg etwa scheiterte die im Gemeindegerichtsgesetz (vom 7. 3. 1960, GBl. S. 73) vorgesehene Schlichtung an der »zahlenmäßig verschwindenden Bedeutung. (...) Die Aufhebung des Gesetzes 1971 war die logische Konsequenz«, s. *Goll*, ZRP 1998, 314, 318; zur geringen Inanspruchnahme der Schiedspersonen in Nordrhein-Westfalen vgl. *Proppe*, Schiedsamtszeitung 1994, 132, 135.

144 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, ⁴2000, Rdnr. 156.

145 *Prütting*, Verh. 62. DJT 1998, II/1, O 15.

146 *Leipold*, unveröffentlichter Vortrag vom 6. 7. 1991 in Freiburg, zit. nach *Prütting*, Verh. 62. DJT 1998, II/1, O 15.

147 *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, § 56.4. (S. 518).

148 *Stock*, in: Gottwald/Strempel (Hrsg.), Streitschlichtung, 1995, S. 113, 118 ff.; *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190, 192; s. auch den Bericht von *Denti/Vigoriti*, Das außergerichtliche Güteverfahren als Mittel der Verhinderung und Schlichtung von Rechtskonflikten, in: Habscheid (Hrsg.), Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung, Generalberichte zum VII. Internat. Kongreß für Prozeßrecht, 1983, S. 345 ff.: Neigung zur traditionellen Justiz in allen sechzehn untersuchten Rechtssystemen. Krit. *Greger*, ZRP 1998, 183: Die selbstverständliche Inanspruchnahme der staatlichen Gerichte durch die ansonsten so mündigen Bürger widerspreche dem allgemeinen Trend zu Selbstregulierung und Eigenverantwortung; s. auch *Haft*, BB 1998, Beilage 10, 15, 19; *ders.*, in: Festschr. f. Söllner, 2000, S. 391, 405: Erst durch autonome Konfliktregelung ohne obrigkeitliche Hilfe werde der Grundsatz der Privatautonomie vollendet.

erhielt dadurch einen beträchtlichen Dämpfer, daß die sog. Procedural-Justice-Forschung, die nach der subjektiven Einschätzung der Fairneß von Verfahren durch die Beteiligten fragt, keineswegs durchgehend eine größere Zufriedenheit mit Vermittlungs- und Güteverfahren feststellen konnte. Im Gegenteil fühlen sich die meisten der Betroffenen in einem förmlichen Gerichtsverfahren mit mehr Würde und Respekt behandelt und sehen ihr Anliegen ernster genommen[149].

Das Ergebnis überrascht insofern wenig, als bei vielen außergerichtlichen Schlichtungen fundamentale Verfahrensgarantien nicht oder nur unzureichend gewahrt sind[150]. Anlaß zu Kritik gibt insbesondere eine oft unzulängliche Einlösung des verfassungsrechtlich garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör, sowie eine mangelnde institutionelle und personelle Absicherung von Qualifikation, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schlichter[151]. Auch wenn die Alternativen zur Justiz ihre Attraktivität nicht zuletzt dem Umstand verdanken, daß die Verfahren weniger formalisiert sind als das Procedere vor den staatlichen Gerichten, müssen sie doch stets die Einhaltung elementarer Prinzipien der Fairneß garantieren, nur dann können sie als legitime Teile eines gegliederten Rechtsschutzsystems gelten[152]. Diese Grundbedingungen werden jedoch allzu häufig nicht erfüllt.

Für weitere Ernüchterung sorgt, daß alle Versuche, private Streitschlichtungen dogmatisch zu untermauern und eine übergeordnete einheitliche Ideologie zu entwickeln, gescheitert sind. Der von der Alternativbewegung so nachdrücklich betonte, zentrale Gemeinschaftsgedanke, wonach die Konfliktaustragung an die Parteien oder an die Gemeinschaften, denen sie angehören, zurückgegeben wer-

149 Vgl. *Vidmar*, Verfahrensgerechtigkeit und alternative Konfliktbewältigung, ZfRSoz. 1993, 35–46, mit Auswertung einer großen Zahl an empirischen Studien in den USA.

150 Vgl. *Prütting*, BB 1999, Beilage 9, 7, 11; *ders.*, JZ 1985, 261, 268 u. 270 m. w. N.; auch *Gottwald*, WM 1998, 1257, 1261 f.

151 *Raiser*, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, ³1999, § 16 IV. 3. (S. 290); *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, § 53, 5.e) (S. 480); zur Schiedsgerichtsbarkeit vgl. etwa *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, ¹⁵1993, § 171 I. 4.; weitere Nachweise bei *Stein/Jonas-Leipold*/ZPO, ²¹1996, § 279 Fn. 11.

152 So *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, ¹⁵1993, § 171 II. 1. d; s. auch *Reich*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 219, 222; *Prütting*, Verh. 62. DJT 1998, II/1, O 33 f.; *Wagner*, JZ 1998, 836, 844 f.; *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 111 ff. Rechtsvergleichende Schlaglichter auf die BGH-Rechtsprechung zu Zentralfragen der rechtsstaatlichen Integrität der Schiedsgerichtsbarkeit bei *Schlosser*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. III, 2000, S. 399 ff. (S. 401 ff.: Der Anspruch auf rechtliches Gehör; S. 421 ff.: Integrität der Verfahrensstrukturen).

den soll[153], und auf dem die sogenannten »Neighborhood Justice Centers« in den USA, das bürgernahe Schiedsmannverfahren hierzulande beruhen, wird von der Rechtssoziologie inzwischen durchaus kritisch betrachtet. Kommunitaristisches Denken hat in der Praxis vieles seiner anfänglichen Faszination eingebüßt. Weitgehend einig ist man sich darüber, daß die Idee gruppenunmittelbarer Konfliktregelung für westliche Industriegesellschaften wenig Realitätsgehalt hat[154]. Auch der schillernde Nachbarschaftsgedanke scheint angesichts heute weitgehend anonymisierter Sozialkontakte und allgemein gepflegter Distanziertheit, welche eine Einmischung in Konflikte anderer verbietet, ein gutes Stück Sozialromantik zu sein[155]. Viele Bürger wünschen gerade Konfliktregelung durch die bürokratisch anonyme Justiz[156].

Diese Justiz arbeitet hierzulande gut, viel besser als von ihren Kritikern oftmals behauptet, und darin liegt der maßgebliche Grund für das Schattendasein der Alternativen[157]. Die Rechtsvergleichung zeigt, daß außergerichtliche Streitschlichtung letztlich nur in den Ländern Erfolge aufzuweisen vermag, in denen die Erfahrungen der Bevölkerung mit der Gerichtsbarkeit negativ sind[158]. Unser Zivilprozeßsystem aber wird allseits gelobt als eines der besten der Welt[159]. Die Entwicklung in den letzten Jahrzehnten war entschieden darauf ausgerichtet, den Zugang zu den Gerichten zu erleichtern, die Position der Rechtsuchenden zu stärken und prozessuale Garantien auszubauen[160]. Die immer komplizierter werdenden rechtlichen Regeln wenden die Gerichte im allgemeinen mit großer Zuverlässigkeit an und bieten so einen ausgesprochen hohen Standard an Rechtsgewähr[161]. Dabei sind die Gerichtskosten niedrig und die Erledigungszeiten trotz hoher Eingangszahlen immer noch günstig[162]. Die durchschnittliche Prozeßdauer lag bei erstinstanzlichen Landgerichtverfahren 1998 bei 6,7 Monaten, in Berufungsverfahren vor den Oberlandesgerichten mit 8,5 Monaten nur geringfügig höher[163]. Die Einzelheiten bestätigen den Eindruck von einem funktionsfähigen, gesunden Zivilprozeß. Und das viel zitierte Belastungsproblem der Gerichte läßt sich auch positiv wenden, wenn man berücksichtigt, daß auch beim Rechtswesen ein hohes Nachfrageniveau ein Indikator für die besondere Güte des Produktes ist, und damit die Klagebereitschaft der Bevölkerung ein Indikator für das Vertrauen in die Problembewältigung durch die Justiz[164].

153 Einflußreich *Danzig*, Stanford L. Rev. 26 (1973), 1–54, 41 ff.; *Christie*, Konflikte als Eigentum, Informationsbrief der Sektion Rechtssoziologie in der Deutschen Gesellschaft für Soziologie Nr. 12 (1976), 12–20.

154 *Falke/Gessner*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 289, 297; *Röhl*, ebd., S. 15, 22; *ders.*, Rechtssoziologie, 1987, § 56, 4. (S. 518). Aus der Kommunitarismusdebatte vgl. nur *Reese-Schäfer*, Was ist Kommunitarismus?, 1994; *Budäus/Grünig*, Kommunitarismus – eine Reformperspektive?, 1997.

155 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, ⁴2000, Rdnr. 157; s. auch *Hegenbarth*, in: Blankenburg/Klausa/Rottleuthner (Hrsg.), Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 6, 1980, S. 48, 69 f.

156 *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, § 56, 4. (S. 518); *Rehbinder*, Rechtssoziologie, ⁴2000, Rdnr. 157.

157 *Stadler*, NJW 1998, 2479, 2480; *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190, 192.

158 *Prütting*, Verh. 62. DJT, 1998, II/1, O 21; *Stadler*, NJW 1998, 2479, 2480.

159 Vgl. nur aus jüngerer Zeit den Bericht über das DAV-Forum »Justizreform – Zivilprozeß« am 4./5. 2. 2000 von *Freuding*, NJW 2000, 792 ff; die Presseerklärung des Deutschen Richterbundes vom 1. 3. 2000, DRiZ 2000, 88; *Bischof*, ZRP 1999, 353 ff.; *Dury*, DRiZ 1999, 160 ff.; *Hamacher*, AnwBl. 2000, 177 ff.; *Busse*, NJW 2000, 785 ff.

160 *Stadler*, NJW 1998, 2479, 2480; *Prütting*, Verh. 62. DJT, 1998, II/1, O 21.

VI. *Charakteristika und Funktion des Zivilprozesses*

Der Zivilprozeß weist eine ganze Reihe spezifischer Stärken auf, die von der einseitig auf die Schattenseiten gerichtlicher Verfahren fixierten Alternativbewegung selten erwähnt und von einer sich als fortschrittlich modern preisenden Reformpolitik häufig nur wenig bedacht werden.

1. *Effizienz*

Die Justiz sucht die an sie herangetragenen sozialen Konflikte mittels eines effizienten Verfahrens zu bewältigen. Der Streit wird im Prozeß von seinem gesellschaftlichen Hintergrund losgelöst und nur noch nach selektiven, die ursprüngliche Komplexität reduzierenden Regeln behandelt. Die Parteien treten nicht mehr in ihren sozialen Rollen, etwa als Familienvater, Arzt, Unternehmer, Arbeiter auf, sondern in den prozeßspezifischen Rollen als Kläger und Beklagter[165].

161 Hinweis darauf u. a. bei *Dury*, DRiZ 1999, 160 f.

162 *Raiser*, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, ³1999, 22. III. 5. (S. 397 f.); *Schütze*, ZVglRWiss 97 (1998), 117, 122: international hervorragende Ergebnisse.

163 Vgl. die aktuellen Angaben auf der Homepage des Bundesjustizministeriums unter http:// www.bmj.bund.de/zahl/gesamt.pdf

164 *Schäfer*, DRiZ 1995, 461, 470; *Wagner*, JZ 1998, 836, 838; *Stadler*, NJW 1998, 2479, 2480; s. auch *Hoffmann-Riem*, in: Festschr. f. Blankenburg, 1998, S. 649, 651; *ders.*, ZRP 1997, 190, 192: »ein wichtiger Grund für die Überlastung der Justiz ist die Güte der Justiz. Die Frage ist nur, ob diese angesichts der Finanzkrise aufrechterhalten werden kann. Ist eine Entlastung nicht vielleicht angezeigt, um die Güte für solche Konflikte zu bewahren, die anderswo nicht mindestens ebensogut bewältigt werden können?«

165 Zum Gerichtsverfahren als autonomes Handlungssystem, an dem alle Beteiligten (Richter, Kläger und Beklagter, Zeugen, Sachverständige etc.) in bestimmten Rollen partizipieren, vgl. *Aubert*, in: Bühl (Hrsg.), Konflikt und Konfliktstrategie, ²1973,

Alle rechtlich nicht relevanten Sachverhaltsinformationen werden ausgefiltert, der Streit wird zunehmend eingegrenzt und auf einen bestimmten »Streitgegenstand« bezogen[166]. Gerade dieses Ausblenden des persönlichen Bereichs und die Konzentration auf sachliche juristische Aspekte stellt eine wesentliche Stärke des gerichtlichen Verfahrens dar[167]. Der Konflikt wird dadurch anerkannt, zugleich aber auch relativiert und entschärft[168]. Für die Parteien kann das Absehen von Emotionen einen heilsamen und entlastenden Effekt haben[169].

Bei alternativen Formen konsensuellen Konfliktmanagements, die das gesamte soziale Umfeld berücksichtigen wollen, droht die Gefahr einer Psychologisierung, Ausweitung und Verkomplizierung des Streits, bei der die »underlying causes«, die tieferliegenden Konfliktursachen, auch nicht behandelt, sondern allenfalls benannt werden[170]. Ein eher therapeutischer Ansatz müßte statt der kritisierten Juristen andere Professionen auf den Plan rufen[171] und erforderte in jedem Fall einen weit größeren Aufwand an Zeit, Geld und Energie[172].

2. *»Legitimation durch Verfahren«*

Das gerichtliche Verfahren trägt auf eine ihm eigene, besondere Weise zur Legitimität und Akzeptanz der gefundenen Entscheidung bei. Darauf haben die Rechtssoziologen zuerst hingewiesen. *Niklas Luhmann* sieht in der Bereitschaft der streitenden Beteiligten, sich bestimmten Verhaltensregeln zu unterwerfen und ihr Verhalten dem sich entwickelnden Verfahren einzufügen, einen wichtigen

S. 178 ff., 185 ff., 192 ff.; *Galtung*, ebd., S. 113 ff.; *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, ²1975, S. 75 ff., 82 ff. u. passim.

166 Der Konflikt wandelt sich, indem er »verrechtlicht« wird, in einen abgeleiteten Metakonflikt, vgl. *Galtung*, a.a.O., S. 124 ff. Nur auf diese Weise kann es der Gesellschaft gelingen, Konflikte zu lösen oder doch zu begrenzen und beherrschbar oder sozial verträglich zu gestalten, vgl. *Luhmann*, a.a.O., S. 59 ff., 69 ff.

167 *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 46: »enormer Effizienzzuwachs«; s. auch *Falke/Gessner*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 289, 305: »Für einen hohen Anteil von Fällen ist die Praxis des Zivilprozesses als ›besonders ausgestalteter bürokratischer Vorgang‹ durchaus angemessen«.

168 *Luhmann*, a.a.O., S. 100 ff.

169 *Schöpflin*, JA 2000, 157, 164.

170 Grds. Kritik von *Tomasic*, in: ders./Feeley (Hrsg.) Neighborhood Justice, 1982, S. 215 ff. Zur Eignung von Vermittlung zur Konfliktursachenbehandlung vgl. weiter *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, 1981, S. 203 ff.; *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, § 56.3. (S. 514 ff.).

171 *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, 1981, S. 207 m. w. N.; auch *Henkel*, ZZP 110 (1997), 91, 100: »Juristen sollten sich ... davor hüten, die mündliche Verhandlung ... zu einer psychotherapeutischen Beratungsstunde umzufunktionieren.«

172 Kritische Anmerkungen zu dem erforderlichen hohen Aufwand professioneller Mediation bei *Prütting*, Verh. 62. DJT 1998, II/1, O 25; *Stadler*, NJW 1998, 2479, 2483; *Kornblum*, ZZP 111 (1998), 374, 376; *Schöpflin*, JA 2000, 157, 164.

Schritt in Richtung auf die spätere Annahme des Urteils, selbst wenn es den eigenen Interessen zuwider läuft. »Vermutlich ist dies«, so *Luhmann*, »die heimliche Theorie des Verfahrens, daß man durch Verstrickung in ein Rollenspiel die Persönlichkeit einfangen, umbilden und zur Hinnahme von Entscheidungen motivieren (kann)«[173]. Werde ein negatives Urteil nicht akzeptiert, beruhe die Geltungschance der Entscheidung nicht allein auf den zu seiner Durchsetzung verfügbaren staatlichen Zwangsmitteln, sondern vor allem darauf, daß der Unterlegene mit seinem Protest alleine bleibe und sich deshalb nicht wehren könne. Diesem Ziel diene die Öffentlichkeit des Verfahrens, denn sie mache das Geschehen für das Publikum nachvollziehbar und ermögliche so dessen Zustimmung, die den uneinsichtigen Verlierer isoliere[174].

Luhmanns Ausführungen zur »Legitimation durch Verfahren« finden bis heute starke Beachtung, leiden indes unter einer überspitzt bürokratischen Sicht der Dinge[175]. Einen wesentlichen Teil der Legitimität gewinnt das Gerichtsverfahren erst aus den klassischen Regeln der Verfahrensgerechtigkeit. Will man die Befriedungsfunktion der Justiz systemtheoretisch erklären, so kann man hiervon nicht einfach abstrahieren. Das Rollenspiel vor Gericht erfüllt keinen Selbstzweck, vielmehr liefern die Reglementierungen des Prozeßablaufs in der ZPO und ihre Umsetzung in der Rechtspraxis einen wichtigen Beitrag zu einem fairen Verfahren[176]. Zahlreiche Prozeßgrundsätze oder Prozeßmaximen sollen sicherstellen, daß sich im Zivilprozeß das materielle Recht durchsetzt, daß die Gerechtigkeit zum Zuge kommt, weshalb wir heute im Anschluß an *Wolfram Henckel* von einem eigenständigen »Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen« sprechen[177].

Das Verfahrensrecht ist kein rein formales, technisches Recht, sondern es beruht seinerseits auf politischen Wertvorstellungen und ist damit ein Spiegelbild der jeweiligen gesellschaftlichen Anschauungen und Verhältnisse[178]. Unverkennbar hat das Bekenntnis des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat auch den Zivilprozeß beeinflußt. So zeigt sich im Verfahrensrecht wie im materiellen Recht

173 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, ²1975, S. 87.

174 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, ²1975, S. 107 ff.

175 Vgl. die Zusammenstellung kritischer Stimmen bei *Machura*, ZfRSoz. 1993, 97 ff., insbes. 107 ff.; s. auch *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, § 48, 4. (S. 418 ff.).

176 Treffend *P. Gottwald*, ZZP 95 (1982), 245, 259; s. auch *Stein/Jonas-Schumann*, ZPO, ²⁰1979, Einleitung, Rdnr. 23.

177 *Henckel*, Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrechtlicher Normen, 1966.

178 *Hagen*, Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre, 1972, S. 53; *Cohn*, in: Erinnerungsgabe f. Grünhut, 1965, S. 31; *P. Gottwald*, ZZP 95 (1982), 245, 259; *Prütting*, in: Festschr. f. *Schiedermair*, 2001, S. 445 ff; s. auch *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, ²1967 (Nachdruck 1996), § 24 III. (S. 464 ff.).

der Gedanke von der Rechtsordnung als soziale Schutz- und Fürsorgeordnung[179]. Rechtsgespräch, Abbau von Kommunikationsbarrieren, Verminderung des Machtgefälles zwischen dem Gericht und den Parteien, dies sind die Schlagworte für die betonte Hereinnahme des sozialen Gedankens in den Rechtsstreit moderner Prägung. Es fehlt nicht an Initiativen, die Zusammenarbeit von Parteien und Gericht im Rahmen ihrer Erklärungs- und Aufklärungspflichten als echte Arbeitsgemeinschaft zur Konfliktbereinigung aufzufassen[180].

Festzuhalten bleibt, daß die Vorstellung vom »Kampf ums Recht« der Zivilprozeßordnung seit jeher als Leitidee zugrunde liegt, diese die Realität so aber nicht mehr treffend wiedergibt. An die Stelle des Prozeßkrieges unter lediglich formeller Aufsicht des Richters, in dem der Geschicktere, taktisch Klügere, Raffiniertere obsiegt[181], ist ein Verfahren getreten, in dem praktische Vernunft, Chancengleichheit und Fairneß gewährleistet sind. Das offene, demokratische und rechtsstaatliche Entscheidungsverfahren erzeugt Einsicht in die Korrektheit und die Richtigkeit der gefundenen Lösung, erleichtert eine Konsensbildung und damit die Bereitschaft, das Urteil zu akzeptieren[182]. Die Ergebnisse der Procedural-Justice-Forschung zeigen, daß die wahrgenommene Gerechtigkeit der Verfahrensverläufe wesentlich zu dem Gesamteindruck von Gerechtigkeit und Legitimität beitragen, und zwar unabhängig vom Inhalt der Entscheidung selbst. Tatsächlich ist ein faires Verfahres bisweilen wichtiger als das Ergebnis[183].

179 *P. Gottwald*, ZZP 95 (1982), 245, 258 ff.; zur »verfassungsrechtlichen Durchdringung des Zivilprozesses« vgl. *Schumann*, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, 1983.

180 Vgl. insbes. *Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, 1978, der – anknüpfend an Gedanken *Anton Mengers* und des Schöpfers der österr. ZPO *Franz Klein* – den Zivilprozeß durch die Novellengesetzgebung seit langem in einer »sozialen Umbildung« begriffen sieht, die freilich noch nicht ans Ziel gelangt sei. Für den Verlauf und für das Ergebnis eines Verfahrens seien alle Rollenträger im Prozeß verantwortlich, an die Stelle des Beibringungsgrundsatzes soll die »Kooperationsmaxime« treten, vgl. S. 86 ff., 109; s. auch *ders.*, AnwBl. 1983, 481, 482; *ders.*, NJW 1998, 1685 f.; krit. *Leipold*, JZ 1982, 441, 446 f.; *Jauering*, Zivilprozeßrecht, [26]2000, § 25 VIII. 3.; s. auch *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 386 ff.

181 So das Verständnis der Zivilprozeßordnung im ausgehenden 19. Jhdt., vgl. *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 47; *Greger*, JZ 1997, 1078.

182 *P. Gottwald*, ZZP 95 (1982), 245, 259 f.

183 Vgl. aus der neueren rechtssoziologischen und sozialpsychologischen Verfahrensforschung – insbes. auch zur Vertragstheorie i. S. von *Rawls* und zur Diskurstheorie nach *Habermas* – *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, 1992, S. 134 ff.; *Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000; *Röhl*, ZfRSoz. 1993, 1 ff.; *Vidmar*, ZfRSoz. 1993, 35 ff.; *Tyler*, ZfRSoz. 1993, 47 ff.; *Lind*, ZfRSoz. 1994, 24 ff.; *ders.*, in: Bierbrauer/Gottwald/Birnbreiter-Stahlberger (Hrsg.), Verfahrensgerechtigkeit, 1996, S. 3 ff.; *Wassermann*, in: Röhl/Machura (Hrsg.), Procedural Justice, 1997, S. 37 ff.; mit Grund skeptisch ggü. der Annahme, prozedurale Gerechtigkeit besitze generell einen höheren Stellenwert als distributive Gerechtigkeit *Raiser*, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, [3]1999, 12.V.2. c (S. 226 f.).

3. Sicherung subjektiver Rechte

Nicht nur Fragen der Verfahrensgerechtigkeit, Legitimität und Akzeptanz sind in der Diskussion um Alternativen zur Justiz aufgeworfen. Ein Blick auf die Funktionen des Zivilprozesses verdeutlicht, daß mit einer zunehmenden »Privatisierung« der Konfliktregelung gewisse Gefahren für den Individualrechtsschutz und für die Rechtsgemeinschaft aufkommen können.

Keine Privatrechtsordnung kann ohne die Hilfe einer notfalls zwangsweisen Verwirklichung privater Rechte bestehen. Selbsthilfe läßt sich nur verbieten, wenn der Staat durch seine Organe den Parteien Rechtsschutz gewährt. Dies erfolgt über eine funktionierende Justiz, womit das Gemeinwesen eine seiner wichtigsten Aufgaben, »eine Kulturaufgabe im wahren Sinne des Wortes«, erfüllt[184]. Der Zweck des Zivilprozesses besteht in der Sicherung subjektiver Rechte[185]. Indem der Zivilprozeß den Parteien zur Durchsetzung ihrer Rechte verhilft, dient er auch der Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens und zugleich der Bewährung der objektiven Rechtsordnung[186]. Die Förmlichkeit schützt vor Willkür und intendiert größtmögliche Vorhersehbarkeit des Verfahrensablaufs, strikte Gesetzesbindung verbürgt ein hohes Maß an Rechtssicherheit[187]. Dies alles sind besondere Qualitätsmerkmale, die Gerichts- gegenüber Schlichtungsverfahren auszeichnen[188].

Ob bei alternativer Streitbeilegung subjektive Rechte durchgesetzt werden können, hängt nicht selten von der Verhandlungsposition der Beteiligten ab, weil privatautonome Gestaltung an die Stelle des Nachvollzuges des Gesetzesrechts durch die Gerichte tritt. Zur Erzielung einer gemeinverträglichen Lösung bedarf es gleicher Verhandlungsmacht, anderenfalls »droht das Verhandeln in Diktat

184 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, [15]1993, § 1 III.1.

185 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, [15]1993, § 1 III. 1.; *Jauernig*, Zivilprozeßordnung, [26]2000, § 1 II. 1.; *Gaul*, AcP 168 (1968), 27, 46 ff.; *ders.*, ZZP 112 (1999), 135 ff.; *Stürner*, in: Festschr. f. Baumgärtel, 1990, S. 545 ff.

186 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßordnung, [15]1993, § 1 III. 3. m. Nachw. auch zu abw. Stimmen; MünchKomm-ZPO/*Lüke*, Bd. 1, [2]2000, Einl., Rdnr. 8.

187 *Stein/Jonas-Schumann*, ZPO, [20]1979, Einl., Rdnrn. 13 ff. Noch heute verdient der Satz *Iherings* Beachtung: »Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit«, in: Der Geist des römischen Rechts, 1852/65, II 2, S. 471.

188 Die Feststellung *Stürners*, DRiZ 1976, 202, 203, zur richterlichen Streitschlichtung gilt nicht minder für die außergerichtliche Schlichtung: »Sie fängt die Parteien auf ihrem Weg zur Rechtsverwirklichung ab und verhindert gleichermaßen die volle Durchsetzung subjektiver Rechte wie die uneingeschränkte Bewährung des objektiven Rechts, wobei dann häufig noch die Unzulänglichkeiten des Rechtsfindungs- und Rechtsdurchsetzungsverfahrens zum Anlaß scheiternder Rechtsverwirklichung werden. Rechtsfrieden und sozialer Ausgleich entstehen nicht auf der Basis der vorgeformten Rechtsordnung, sondern aufgrund von Schlichtungsregeln, die angeblich eine überlegene Konfliktlösung gestatten und nicht selten als Ausdruck höherer Weisheit und Gerechtigkeit verstanden werden.«

umzuschlagen oder jedenfalls verzerrte Ergebnisse zu produzieren«[189], kann eine Einigung »unfreiwilligen Rechtsverzicht des Schwächeren« statt Einsicht und freie Selbstbestimmung widerspiegeln[190], besteht die Gefahr der »Entrechtung durch Entrechtlichung«[191].

Insbesondere dann, wenn aufgrund typischer Macht- oder Marktungleichgewichte, etwa im Arbeits-, Miet- oder Verbraucherrecht, soziale Schutzgesetze geschaffen worden sind, kann eine Befassung der Gerichte erforderlich sein, um die erreichte Schutzlinie des staatlichen Rechts im Einzelfall einzulösen und auf lange Sicht einen Abbau des Individualrechtsschutzes zu verhindern[192]. Dieser Eindruck wird bestärkt, wenn man sieht, daß die Einrichtung bestimmter Schlichtungsstellen von dem Wunsch diktiert ist, einem der Wirtschaft oder dem jeweiligen Berufsstand nachteiligeren Eingreifen der Gerichte zuvorzukommen[193]. Von allen Streitbeilegungsinstanzen ist die Justiz aufgrund der staatlichen Garantien der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sowie des rechtlich geordneten fairen Verfahrens am ehesten dazu imstande, dem Einfluß intermediärer Gewalt zu widerstehen und die subjektiven Rechte des Einzelnen zu sichern[194].

4. Rechtsfortbildung

Schließlich darf in der Diskussion um Justizalternativen nicht außer Acht bleiben, daß die Wirkung und der Wert richterlicher Tätigkeit über den einzelnen Prozeß

189 *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 72 u. 89 f., m. Verweis auf *Fiss*, 93 Yale L.J. (1984), 1073, 1076. *Fiss*, 94 Yale L.J. (1985), 1669, 1672, sieht in informellen Verfahren eine Form der Deregulierung staatlicher Tätigkeit, die letztlich zum Ziel habe, der ökonomisch stärkeren Partei die Verfolgung ihrer Eigeninteressen zu ermöglichen, ohne sich dabei um am Gemeinwohl orientierte Normen kümmern zu müssen.

190 *Zugehör*, DRiZ 1984, 465, 466.

191 *Hegenbarth*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 257 ff.; *Prütting*, JZ 1985, 261, 271. Ausführlich zu ungleichen (Verhandlungs-)Machtverhältnissen *Breidenbach*, Mediation, 1995, S. 101 ff., zu den Folgerungen für die Einrichtung von Mediation s. S. 252 ff.

192 *Falke/Gessner*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 289, 295 f.; *Reich*, ebd., S. 219, 221 f.; *Heußner*, DRiZ 1987, 312, 314; s. auch bei *Gottwald*, in: Gottwald/Strempel (Hrsg.), Streitschlichtung, 1995, S. 9, 15; a. A. *Kotzorek*, ZRP 1986, 282 ff.

193 *Rehbinder*, Rechtssoziologie, [4]2000, Rdnr. 156; *Falke/Gessner*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 289, 307; *Morasch/Blankenburg*, ZRP 1985, 217, 219: Bestreben um »Justiz-Vermeidung«.

194 So *Raiser*, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, [3]1999, 22. IV. 2. (S. 405 f.); s. auch *Falke/Gessner*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 295, 305, zum machtneutralisierenden Effekt der Formalisierung; *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 89, spricht von »der doch einen gewissen Halt gebenden Struktur des Prozeßrechts«; zust. *Vec*, FAZ vom 13. 7. 2001, S. 48.

hinausgehen. Durch die Entscheidung immerzu neuer Rechtsfragen im Wege der Gesetzesanwendung, Auslegung, Lückenschließung und Weiterentwicklung, tragen die Gerichte zur Fortbildung des Rechts bei[195]. Schlichtungs- und Vermittlungsstellen, die keine streitigen Entscheidungen fällen und folglich auch nicht eine solche zu begründen und zu publizieren brauchen, deren Sprüche sich u. U. nicht einmal am geltenden Recht orientieren, leisten keinen Beitrag zur Rechtsentwicklung[196]. Währenddessen nimmt die Bedeutung richterlicher Rechtsfortbildung ständig zu. Im modernen Rechtsstaat, in dem die Funktionsgrenzen gesetzlicher Regelungen für die komplexe, hochdifferenzierte, sich schnell entwikkelnde Gesellschaft deutlich zu Tage treten, sind Legislative und Judikative nicht mehr strikt voneinander zu trennen, sondern werden zunehmend als zwei Staatsgewalten betrachtet, denen die Rechtsbildung gemeinsam in einem dialektischen Prozeß und in wechselseitiger Kontrolle aufgegeben ist[197]. Die Gerichte erfüllen mit der Konkretisierung und Fortbildung des Rechts innerhalb des vom Gesetzgeber vorgegebenen Rahmens eine überaus wichtige gesamtgesellschaftliche Funktion. Sie leisten eine fortwährende Anpassung des lebenden Rechts an die sozialen Bedürfnisse und ermöglichen es, auch private Konflikte, an die der Gesetzgeber nicht gedacht oder deren Bewältigung er bewußt offen gelassen hat, stets sachgerecht zu lösen[198].

195 Siehe statt aller *Musielak*, in: ders. (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, [2]2000, Einl., Rdnr. 5; MünchKomm-ZPO/*Lüke*, Bd. 1, [2]2000, Einl., Rdnr. 8; umfangreiche Nachweise zum älteren Schrifttum bei *Stein/Jonas-Schumann*, ZPO [20]1979, Einl., Rdnr. 24, Fn. 50.

196 *Prütting*, Verh. 62. DJT 1998, II/1, O 34; *Wagner*, JZ 1998, 836, 837; *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 50; zu den Ausnahmefällen einer Präzedenzwirkung von Schiedssprüchen vgl. *Schütze*, in: Festschr. f. Glossner, 1994, S. 335 ff.

197 *Raiser*, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, [3]1999, 16 V. 3. (S. 291 ff.); *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 297 ff.; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, 1977, S. 313, 353: »ausgewogene Verwendung von Gesetzes- und Richterrecht in einem sich wandelnden Recht«; grdl. *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956.

198 *P. Gottwald*, ZZP 95 (1982), 245, 262 ff. Zu den produktiven Leistungen der Ziviljustiz vgl. *Schäfer*, DRiZ 1995, 461 ff., und *Wagner*, JZ 1998, 836, 837: Zivilrichter erarbeiten Verhaltensstandards und Präzedenzfälle, die als Orientierungspunkt für das Verhalten Dritter und als Maßstab für die gütliche Beilegung von Konflikten im Vergleichswege dienen. Dadurch generiert die Rechtspflege weit mehr an Sozialprodukt als das Gerichtssystem kostet, weshalb eine Subventionierung der Justiz durch den Steuerzahler nicht nur hinzunehmen, sondern geboten ist. Die produktiven Leistungen des Rechtswesens gilt es in der Diskussion um Sparmaßnahmen, die in die Struktur der Rechtspflege eingreifen, stets zu berücksichtigen.

VII. Schluß

1. Pluralismus in der Konfliktbewältigung

Die Betrachtungen zum Thema »Zivilprozeß und außergerichtliche Streitbeilegung« zeigen jeweils eigene Vorteile der unterschiedlichen Wege zur Konfliktbewältigung. Alternativen zur Justiz können sich als vorzugswürdig erweisen im Hinblick auf mögliche Zeit- und Kostenersparnisse, eine höhere Befriedungswirkung auf die beteiligten Parteien und mögliche Kooperationsgewinne bei konsensualen Lösungen. Die Stärken des richterlichen Urteils liegen in der Rechtsbewährung und Rechtsfortbildung und damit zugleich auch in seiner Befriedungswirkung auf die Allgemeinheit. Gute Gesellschaftspolitik nutzt die verschiedenartigen Vorzüge nach Möglichkeit, indem sie streitenden Parteien Optionen bei der Konfliktbewältigung eröffnet[199]. Daher ist es sinnvoll, das Rechtsschutzsystem um problemangemessene Formen der Streiterledigung anzureichern, ohne daß jedoch das staatliche Gerichtssystem ersetzt oder verdrängt wird, denn eine jederzeit frei zugängliche funktionsfähige Justiz ist unerläßlich zumindest als Orientierungshilfe, aber auch als eine Art Sicherheitsnetz[200]. Ein solchermaßen ausdifferenziertes Angebot unterschiedlicher Konfliktbewältigungsmechanismen dient den Bedürfnissen der Bevölkerung mehr als eine »Monokultur« staatlicher Streitentscheidung, unter der die Freiheit zum Rechtsverzicht und zu privatautonomer Gestaltung leiden müßte[201].

2. Kritisches zur obligatorischen Streitschlichtung

Die Rechtspolitik unserer Tage verfolgt eine zweifelhafte Strategie. Obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung ist weder zur Erzielung qualitativ hochwertiger Ergebnisse noch zur Entlastung der Zivilgerichte ein probates Mittel[202].

199 I. d. S. *Falke/Gessner*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 289, 304 ff.; *Stock*, in: Gottwald/Strempel (Hrsg.), Streitschlichtung, 1995, S. 113, 135 f.; *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190, 196 f.; *ders.*, JZ 1999, 421, 422, 429 f.; *Möller/Reitzmann*, in: Festschr. f. Söllner, 2000, S. 761, 781 f.

200 *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190, 197 f.; *ders.*, JZ 1999, 421; eingehend *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 51 ff.

201 *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190, 191; *Gottwald*, WM 1998, 1257 ff., 1264; *Katzenmeier*, JZ 2001, 922.

202 So aber BT-Drucks. 13/6398, S. 19 und 13/11042, S. 1 f., 32, und die Stellungnahme mehrerer Landesjustizminister, vgl. *Behrens*, RuP 1997, 73 ff.; *Schubert*, NJ 1997, 337 f.; *Goll*, ZRP 1998, 314 ff.; *Leeb*, BB 1998, Beilage 10, 3 ff.; *Dieckmann*, Zeitschr. f. Gesetzgebung 2000, 1 ff.; dagegen *Greger*, ZRP 1998, 183, 184; *Wagner*, JZ 1998, 836, 841 f.; *Wassermann*, NJW 1998, 1685, 1686; *Stadler*, NJW 1998, 2479 ff.; *Prütting*, Verh. 62. DJT 1998, II/1, O 34; *Rüssel*, NJW 2000, 2800, 2802; MünchKomm-ZPO/*Lüke*, Bd. 1, ²2000, Einl., Rdnr. 96; ausführlich *Jansen*, Die außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung nach § 15 a EGZPO, 2001.

§ 15a EGZPO präsentiert letztlich Altbekanntes aber wenig Bewährtes ohne große Veränderungen[203]. So enthielt die ZPO bereits zwischen 1924 und 1950 in § 495a eine Vorschrift, wonach jedem amtsgerichtlichen Prozeß zwingend ein Güteverfahren (ebenfalls vor dem AG) vorauszugehen hatte[204]. Diese Regelung wurde durchweg als Belastung und Erschwerung der Rechtsdurchsetzung empfunden[205] und aufgrund einhelliger Kritik vom Gesetzgeber wieder abgeschafft[206]. Kenntnis von der Prozeßrechtsgeschichte hätte vor einer Neuauflage bewahren sollen[207]. Da in Frankreich und Belgien eine ähnliche Entwicklung stattfand, hat auch die Kommission zur Erarbeitung eines europäischen Zivilprozeßgesetzbuches den Gedanken verworfen, der streitigen Auseinandersetzung ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vorzuschalten[208].

Grundlegender Fehler der – ausgesprochen komplizierten und über unterschiedliche Ausführungsgesetze der Länder die Gefahr der Rechtszersplitterung heraufbeschwörenden[209] – Regelung in § 15a EGZPO ist der angeordnete Zwang zur Anrufung einer Gütestelle, der nicht nur in den für eine Schlichtung generell geeigneten Fällen besteht, sondern auch dann, wenn eine Einigung von vornherein ausgeschlossen erscheint, z. B. weil es sich um heillos zerstrittene Parteien oder um einen auf Zeitgewinn spekulierenden Schuldner handelt[210]. Ohne die Be-

203 *Stadler*, NJW 1998, 2479, 2480; *Jansen*, a.a.O., S. 230 ff., 353 f.; a. A. *Goll*, ZRP 1998, 314, 318: die jetzige Konzeption vermeide frühere Fehler.

204 Dazu i. e. *Schuster*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 189, 190 ff.; *Jansen*, a.a.O., S. 79 ff.; s. auch die Hinweise von *Greger*, ZRP 1998, 183, 184; *Wagner*, JZ 1998, 836, 843; *Stadler*, NJW 1998, 2479, 2480; *Prütting*, Verh. 62. DJT 1998, II/1, O 12 f.

205 Vgl. *Rosenberg*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, ¹1927, S. 336; weitere Nachweise bei *Schuster*, a.a.O., S. 189, 191 ff.

206 Durch Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit vom 12. 9. 1950, BGBl. I S. 455; vgl. dazu die amtl. Begr., BT-Drucks. I/530, S. 20, und die Ausführungen des Berichterstatters *Neumayer*, BT-Prot. zur 79. Sitzung vom 26. 7. 1950, 2833, 2873; Lit.-Nachw. bei *Schuster*, a.a.O., S. 198, Fn. 26.

207 *Stadler*, NJW 1998, 2479, 2480; vgl. auch bereits die Hinweise bei *Stein/Jonas-Schumann*, ZPO, ²⁰1979, Einl., Rdnr. 100, und *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, ²¹1996, § 279 Rdnrn. 2 und 5; jüngst die rechtshistorisch rechtsvergleichenden Ausführungen von *Stürner*, in: Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, 2001, S. 5, 7 ff., m. krit. Anm. zu § 15 a EGZPO auf S. 10.

208 Vgl. zu dem Entwurf der *Storme*-Kommission Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne, 1994, den Bericht von *Roth*, ZZP 109 (1996), 271 ff., zur Absage des Entwurfs an ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vor Prozeßbeginn auf S. 278 f.

209 *Hartmann*, NJW 1999, 3745 ff. Zu den Gründen für die Wahl einer Länder-Öffnungsklausel an Stelle einer bundeseinheitlichen Regelung vgl. *Meyer-Teschendorf/Hofmann*, ZRP 1998, 132, 135, Fn. 29.

210 *Greger*, ZRP 1998, 183, 184; *Stadler*, NJW 1998, 2479, 2482; *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190, 196; *Eichele*, ZRP 1997, 393, 394. Entschieden gegen einen Zwang zur Me-

reitschaft zur Mitwirkung führt obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung häufig nur zu einer Prozeßverschleppung, de facto wird dem Rechtsstreit eine weitere, Zeitverluste und zusätzliche Kosten verursachende Instanz vorgeordnet[211]. Erfolge in Form von gütlichen Einigungen lassen sich staatlicherseits nicht anordnen, allenfalls begünstigen[212].

3. *Varianten institutionalisierter Streitschlichtung*

An die Stelle von Zwang sollte Motivation zu konsensualer Konfliktbereinigung treten[213]. Dazu ist es erforderlich, die Rahmenbedingungen für die außergerichtliche Streitbeilegung zu verbessern, um so deren Attraktivität und Akzeptanz zu erhöhen. Zu denken ist an Vollstreckungsanreize, um ein Äquivalent zur Vollstreckbarkeit bei der gerichtlichen Beendigung eines Verfahrens zu schaffen[214], und an die Absicherung gegen drohende Nachteile bei der Rechtsdurchsetzung, falls das Schlichtungsverfahren nicht zum Erfolg führt, insbesondere gegenüber der Anspruchsverjährung[215]. Zentraler Punkt ist die Gewährleistung von Verfahrensgerechtigkeit. Nur wenn die Parteien hinreichend zu ihrem Fall Stellung nehmen können, wenn sie als soziale Persönlichkeiten ernst genommen werden und wenn Neutralität und Unabhängigkeit der Schieds-, Schlichtungs- oder Ver-

diation *Breidenbach*, Mediation, 1995, S. 272: »Fundamental ist ... die Freiwilligkeit der Teilnahme. ... Zwang zur Mediation ist ein erster Schritt von Zwang zur Harmonie und unbedingt abzulehnen«. Differenzierend *Eidenmüller*, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, 1997, S. 31, 53 ff.

211 *Eichele*, ZRP 1997, 393, 394; *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190, 196; *Wagner*, JZ 1998, 836, 842; *Jansen*, Die außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung nach § 15 a EGZPO, 2001, S. 230 ff.

212 *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 421, 423. Hingewiesen sei allerdings auch auf die als »Mediations-Paradoxon« bezeichneten Forschungsergebnisse aus den USA, wonach Zwang zur Anrufung eines Schlichtungsverfahrens für sich genommen nicht falsch sein soll, solange Autonomie innerhalb des Verfahrens gewährt bleibt, vgl. *McEwan/Wilburg*, Negotiotion Journal 9 (1993), 23 ff.

213 *Greger*, JZ 2000, 842, 844. Anders die Landesjustizminister, sie verstehen das obligatorische Güteverfahren als notwendiges Mittel zur Herbeiführung des gewünschten Bewußtseinswandels, vgl. *Behrens*, RuP 1997, 73 f. (Vergleich mit der Gurtpflicht); *Goll*, ZRP 1998, 314, 318; *Leeb*, BB 1998, Beilage 10, 3 ff.; *Dieckmann*, Zeitschr. f. Gesetzgebung 2000, 1 ff.; s. auch *Weiß*, Verh. 62. DJT 1998, II/1, O 40 f., O 43.

214 Bloße Parteivereinbarungen sind nicht eo ipso vollstreckbar, möglich ist es aber, dem Vergleich eine vollstreckbare rechtliche Form zu geben, vgl. etwa § 794 I Nr. 1 ZPO, § 796 a ZPO, §§ 1053 ff. ZPO, § 15 a VI 2 EGZPO, § 27 a VII 2 UWG.

215 Zur Problematik vgl. *Wagner*, Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht, 1998, S. 427 ff.; *ders.*, NJW 2001, 182 ff.; auch *Walter*, ZZP 103 (1990), 141, 164 ff.; *Hager*, Konflikt und Konses, 2001, S. 110 f.; *Eidenmüller*, in: Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, 2001, S. 45, 69 f.

mittlungsstellen sichergestellt sind, haben die Justizalternativen eine Chance, sich auf dem Markt zu etablieren[216].

Soll der Gütegedanke weiter gestärkt werden, läßt sich auch daran denken, in das gerichtliche Verfahren ein »Fenster« zur außergerichtlichen Streitbeilegung einzubauen. Der französische Nouveau Code de Procedure Civil aus dem Jahre 1995 enthält eine Regelung, wonach das Gericht in geeigneten Fällen auf Antrag beider Parteien das Verfahren aussetzen und an eine qualifizierte Gütestelle verweisen kann[217]. Die in England im April 1999 in Kraft getretenen Civil Procedure Rules sehen die Möglichkeit der Verweisung an eine Gütestelle unabhängig von einem dahingehenden beiderseitigen Parteiwillen vor[218]. »Zarte Ansätze zur Anlehnung an das anglo-französische Vorbild«[219] zeigen sich hierzulande in dem neuen, seit 1. 1. 2002 geltenden § 278 V 2 und 3 ZPO, der bestimmt: »In geeigneten Fällen kann das Gericht den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen. Entscheiden sich die Parteien hierzu, gilt § 251 ZPO entsprechend.«

Gewichtige Argumente sprechen für die Integration alternativer Streitschlichtungselemente in den Prozeß: Die Gerichte werden entlastet, es kommen gezielt diejenigen Streitigkeiten auf den Weg des Güteverfahrens, die sich hierfür eignen,

216 *Gottwald*, WM 1998, 1257 ff.; *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190, 196 f.; *ders.*, JZ 1999, 421, 424 f.; *Wagner*, JZ 1998, 836, 844 f.

217 Art. 131-1 NCPC. Zu der Neuregelung *Jarrosson*, Rev.arb. 1995, 219 ff., 232. Für die Integration alternativer Streitschlichtungsinstrumente in den deutschen Zivilprozeß nach dem Vorbild des frz. Rechts *Wagner*, JZ 1998, 836, 843 f. Inhaltlich ganz ähnlich *Gottwald*, WM 1998, 1257, 1263 f.; *ders.*, in: Festschr. f. Blankenburg, 1998, S. 635, 643; ewähnt auch von *Prütting*, Verh. 62. DJT 1998, II/1, O 21; *ders.*, AnwBl. 2000, 273, 276 ff.; *Stadler*, NJW 1998, 2479, 2487; *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 99. Hinweis auf ein anderes »Vergleichsverständnis« des frz. Richters als seines dt. Kollegen bei *Schütze*, ZVglRWiss 97 (1998), 117, 120, 122. Für eine verstärkte Nutzung vorhandener Möglichkeiten nach § 251 ZPO plädiert *Goll*, ZRP 1998, 314, 318.

218 Rule 26.4 (2) CPR. Bislang noch unklar ist, ob das Gericht den Rechtsstreit auch gegen einen ausdrücklich geäußerten Willen der Parteien an eine Gütestelle verweisen kann, s. *Paton*, VersRAI 2001, 47. Allg. zur Reform des englischen Zivilverfahrensrechts *Rumberg/Eicke*, RIW 1998, 19 ff.; *Sobich*, JZ 1999, 775 ff. Lange Zeit bestand in England insofern ein größerer Bedarf an außergerichtlicher Schlichtung, als die englischen Gerichte keine Befugnis hatten, in aktiver Rolle die gütliche Streitbeilegung zu fördern, vgl. *Roth*, ZZP 109 (1996), 271, 279. Auch dies hat sich jedoch mit Inkrafttreten der neuen CPR und dem darin angeordeten Wandel weg von der adversary procedure hin zu einem »active case management« geändert, vgl. Rule 1.4 CPR. Näher dazu *Stürner*, in: Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, 2001, S. 5, 10 ff.: Schaffung von Freiräumen zur Einigung, die der Parteiverhandlung unter Dritten überlassen wird. Einen der Rule 26.4 (2) CPR entsprechenden Gesetzesvorschlag für das deutsche Recht unterbreitet *Greger*, ZRP 1998, 183, 184 ff.; s. auch *ders.*, JZ 2000, 842, 844; zust. MünchKomm-ZPO/*Prütting*, Bd. 1, ²2000, § 279 Rdnr. 26.

219 *Stürner*, in: Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, 2001, S. 5, 13.

dadurch entfällt der Grund für die Begrenzung auf Bagatellsachen. Die Beteiligten können die passende Form alternativer Konfliktbereinigung zu einem geeigneten Zeitpunkt frei wählen. Richterliche Erfahrung lehrt, daß zu Beginn eines Rechtsstreits die Positionen oftmals festgefahren sind und erst nach einer Beweisaufnahme oder der Erörterung der Rechtslage mit dem Gericht die Parteien zu einer einvernehmlichen Lösung bereit sind[220].

Dementsprechend gibt § 278 I ZPO dem Richter auf, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits bedacht zu sein. Handelt es sich hierbei um einen wichtigen Auftrag zur Befriedung der Parteien[221], so kann sich der Gütegedanke innerhalb des justizförmigen, kontradiktorischen, auf einen Richterspruch angelegten Streitverfahrens doch nicht voll entfalten[222]. Entscheidender Vorteil einer Delegation der Schlichtungstätigkeit auf einen externen Dritten ist die Trennung der Vermittlungs- von der Entscheidungsfunktion[223]. Denn die Parteien sind nur dann bereit, die Streitursachen und ihre Interessen offenzulegen, Informationen preiszugeben und Kompromißbereitschaft zu signalisieren, wenn sie sicher sein können, daß diese Zugeständnisse nicht später im Rahmen einer streitigen Auseinandersetzung gegen sie verwendet werden[224]. Deshalb haben die Gerichte mit ihren gemäß § 278 I ZPO unternommenen Vermittlungsbemühungen wenig Erfolg, es sei denn, sie zeichnen bereits den Inhalt eines möglichen Urteils vor, was mit privatautonomer Streitbeilegung im Wege gütlicher Einigung nichts mehr zu tun hat[225]. Um privatautonome Konfliktrege

220 Vgl. *Greger*, ZRP 1998, 183, 184 f.; *Wagner*, JZ 1998, 836, 844; zu letztgenanntem Punkt auch *Stadler*, NJW 1998, 2479, 2482; *Prütting*, BB 1999, Beilage 9, 7, 10.

221 Vgl. *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, [26]2000, § 48 VIII.; *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, [21]1996, § 279 Rdnr. 7; MünchKomm-ZPO/*Prütting*, Bd. 1, [2]2000, § 279 Rdnrn. 1 f., 7, 16; *Musielak/Foerste*, ZPO, [2]2000, § 279 Rdnr. 1; *Zöller-Greger*, ZPO, [22]2001, § 279 Rdnr. 1.

222 Dies spricht gegen den von *Wassermann*, NJW 1998, 1686, 1687, unterbreiteten Vorschlag, anstelle eines neuen Verfahrens die »richterliche Mediatorentätigkeit« gem. § 279 ZPO (nunmehr § 278 ZPO) auszubauen.

223 Dazu bereits *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, 1981, S. 67 ff.; *Falke/Gessner*, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, 1982, S. 289, 305, mit dem Resümee, es seien »vermittelnde Elemente nicht ohne Entstellung in den Zivilprozeß einzubauen«; aus jüngerer Zeit *Wagner*, JZ 1998, 836, 844.

224 Zur Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch rechtsverbindliche Klauseln im Verhandlungsvertrag vgl. *Risse*, BB 1999, Beilage 9, 1, 4; *Eidenmüller*, in: Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, 2001, S. 45, 64 ff.; *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 117 ff.; *Wagner*, NJW 2001, 1398 ff. (mit Kritik an dem zu kurz greifenden Ansatz einer extensiven Anwendung des § 383 I Nr. 6 ZPO von *Groth/v. Bubnoff*, NJW 2001, 338 ff.); *Prütting*, in: liber amoricum Böckstiegel, 2001, S. 629 ff.

225 Vgl. *Stürner*, in: Gottwald/Hutmacher/Röhl/Strempel (Hrsg.), Der Prozeßvergleich, 1983, S. 147 ff.; *Wagner*, JZ 1998, 836, 844; *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 44.

lung in jedem Stadium des Verfahrens zu ermöglichen, empfiehlt sich der Einbau eines Fensters zur außergerichtlichen Streitbeilegung in den Zivilprozeß. Die Neuregelung des § 278 V 2 ZPO weist in die richtige Richtung[226].

4. *Der Konflikt als Motor des sozialen Wandels*

Festzuhalten bleibt: In Zeiten starker Inanspruchnahme und einer drohenden Überlastung der Justiz verdienen außergerichtliche Streitbeilegungsformen besondere Aufmerksamkeit und Unterstützung. Die eingangs zitierte Parole »Schlichten ist besser als Richten« – derzeit so nachdrücklich propagiert von der Justizpolitik in Bund und Ländern – ist in dieser Allgemeinheit jedoch falsch, ja sogar gefährlich, indem sie die Herbeiführung eines Konsenses als überlegene Form der Konfliktbewältigung preist. Der fortlaufend geübte Kompromiß verschüttet das Empfinden selbst für unverzichtbare Verhaltensregeln[227]. Wo nur noch der Ausgleich herrscht, verliert die Rechtsordnung ihre Bestimmung als essentielles Steuerungsinstrument[228]. Soll die Gesellschaft funktionsfähig bleiben, dürfen Konflikte nicht stets durch Appelle an Einsichtsfähigkeit und wechselseitige Kompromißbereitschaft ausgeklammert und überspielt werden[229]. Konflikte sind keine pathologischen Erscheinungen, die es zu vermeiden oder zu unterdrücken gilt, und die, sofern dies nicht gelingt, so schnell und unauffällig wie möglich beseitigt werden müssen. Konflikte erweisen sich vielmehr als das bewegende Element in der Gesellschaft, als der Motor der inneren Erneuerung und des sozialen Wandels[230]. Es besteht durchaus Interesse an ihrer Austragung, freilich in legalen Formen. Das Gemeinwesen bedarf auch der kompromißlosen Konfrontation und Entscheidung, es profitiert vom »Kampf ums Recht« der Individuen[231]. Im richterlichen Urteil verwirklicht sich wesentlich die Leitbildfunktion des Privatrechts. Darauf hat *Rolf Stürner* nachdrücklich hingewiesen[232]. Der Richterspruch ist damit kein Notbehelf und erst recht kein beklagenswerter gesellschaft-

226 Dazu *Hartmann*, NJW 2001, 2577 (2582): Das Zurück in den außergerichtlichen Raum »muß dem Fingerspitzengefühl aller Beteiligten überlassen bleiben«.

227 *Stürner*, JR 1979, 133, 135; s. auch *Möller/Reitzmann*, in: Festschr. f. Söllner, 2000, S. 761 ff.

228 *Stürner*, JR 1979, 133, 134; *Jauernig*, Zivilprozeßordnung, [26]2000, § 48 VIII.

229 *Stürner*, JR 1979, 133, 135; auch *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 56 ff. u. 90.

230 *Raiser*, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, [3]1999, 16. I. (S. 275 ff.); *Rehbinder*, Rechtssoziologie, [4]2000, Rdnr. 98, unter Anführung der berühmten Formel des Heraklit, daß der Krieg der Vater und der König aller Dinge, d. h. der erzeugende und beherrschende Faktor des Soziallebens ist.

231 *Hoffmann-Riem*, in: Festschr. f. Blankenburg, 1998, S. 649, 659 f.

232 *Stürner*, JR 1979, 133, 135.

licher Betriebsunfall[233], sondern regelmäßig ein wichtiger Integrationsakt. Jede Gesellschaftstheorie, die den Kompromiß der autoritativen Normverwirklichung grundsätzlich vorzieht, erscheint deshalb bereits im Ansatz verfehlt[234].

233 So aber das Verständnis manch eines Kritikers des Zivilprozesses, vgl. am Ende der Ausführungen zu IV.

234 So *Stürner*, JR 1979, 133, 135; s. auch *Jauernig*, Zivilprozeßrecht, [26]2000, § 48 VIII.